UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES EFFETS DE LA FAILLITE

ET DE

LA LIQUIDATION JUDICIAIRE

SUR LES

CONTRATS ANTÉRIEURS VALABLEMENT CONCLUS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mardi 20 février 1900, à 1 heure

PAR

EMILE BONNICHON

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. LYON-CAEN.

Suffragants : MM. THALLER, PLANIOL, *professeurs*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1900

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux théories émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES EFFETS DE LA FAILLITE

ET DE

LA LIQUIDATION JUDICIAIRE

SUR

LES CONTRATS ANTÉRIEURS VALABLEMENT CONCLUS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS
Sera soutenu le mardi 20 février 1900, à 1 heure

PAR

EMILE BONNICHON

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. LYON-CAEN.

Suffragants : MM. THALLER, PLANIOL, *professeurs*

ACAD. DOCTORAT

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1900

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547213_0039

INTRODUCTION

1. — Un commerçant tombe en faillite.

Que vont devenir tous les contrats (1) qu'il avait conclus auparavant, et qui, au jour où la faillite éclate, n'ont pas encore produit tous leurs effets ? Les contrats inexécutés, les contrats en cours, tous ceux enfin, qui laissent encore des obligations à la charge des deux parties ou à la charge de l'une d'elles.

Si ces contrats apparaissent comme suspects, s'ils semblent n'avoir été que des expédients de la dernière heure, employés au préjudice de ses créanciers par un commerçant aux abois, un *proximus decoctione*, la loi n'hésite pas à les annuler dans l'intérêt de la masse, en élargissant un peu le principe de l'action Paulienne.

Toutes les législations s'occupent de ces actes suspects ; ils étaient déjà prévus à l'article 4 du titre XI de la grande Ordonnance de 1673, ils le furent ensuite dans une Déclaration royale de novembre 1702 et ils font maintenant l'objet des articles 446 et 447 de notre Code de commerce ; mais, chose singulière, les contrats antérieurs, lorsqu'aucune présomption de fraude ne permet de les annuler, sont restés, semble-t-il, en dehors des préoccupations de

(1) Une terminologie tout à fait rigoureuse exigerait l'emploi d'une autre expression que celle de contrat. Un contrat c'est à proprement parler un accord de volontés destiné à créer des obligations. Ce dont il est question au texte, c'est plutôt du rapport de droit né du contrat que du contrat lui-même. Nous croyons néanmoins pouvoir employer, comme dans notre titre, l'expression de contrat dans ce sens un peu détourné. Nous y sommes autorisé d'ailleurs par l'exemple d'un grand nombre d'auteurs.

notre législateur. Il n'a jamais songé à leur accorder dans la réglementation des faillites une place quelconque ; notre Code de commerce ne contient rien d'analogue au chapitre de la loi allemande des faillites (liv. I, tit. 2) intitulé *Erfüllung des Rechtgeschäfte* (1) ; c'est à peine si l'on trouve disséminés dans notre Code de commerce et aussi dans notre Code civil quelques articles relatifs à cet ordre d'idées.

Est-ce parce que la question ne présente aucun intérêt ? Que toutes les fois qu'un contrat n'est pas révoqué dans l'intérêt de la masse, en vertu des articles 446 et 447 du Code de commerce, il est maintenu purement et simplement, sans que la survenance de la faillite apporte aucune perturbation ? Cela est de toute impossibilité et certes indignerait fort le banquier par exemple qui aurait consenti une ouverture de crédit à un commerçant tombé depuis en faillite.

Le silence du législateur se justifierait-il autrement ? Viendrait-il de ce que dans chaque cas particulier la solution découle tout naturellement de l'application des principes généraux, sans qu'aucun doute demeure possible ?

Il n'en est rien : les hésitations de la jurisprudence et de la doctrine, les contradictions auxquelles elles aboutissent parfois, les conflits qui dans certains cas les divisent, montrent que les principes généraux ne sont pas d'une application facile à notre matière, et sont loin de nous donner des solutions qui s'imposent. D'ailleurs, sur ce point, il eût peut-être été préférable que la loi des faillites

(1) Qui d'ailleurs ne traite pas la matière d'une façon très complète. La législation allemande n'est pas du reste la seule qui ait consacré quelques articles à notre problème actuel. Il est envisagé par l'article 22 de la loi autrichienne, par les articles 18-21 de la loi hongroise et l'article 55 de la loi anglaise.

s'écartât du droit commun. Si bien que tout doit faire regretter que le législateur ne nous ait pas donné une réglementation spéciale et explicite.

Force nous est donc de nous contenter de quelques textes épars et des indications qu'ils nous donnent :

2. — Nous savons par les articles 1865 et 2003 du Code civil que la société et le mandat prennent fin en cas de déconfiture de l'associé, du mandataire ou du mandant.

Nous savons par l'article 346 du Code de commerce que l'assurance maritime est résiliée en cas de faillite de l'assureur ou de l'assuré, à moins qu'une caution ne vienne répondre de l'exécution des obligations du failli.

Nous savons par l'article 577 du Code de commerce, que le vendeur d'effets mobiliers, qui n'a pas encore livré les marchandises vendues, peut les retenir lorsque son acheteur tombe en faillite. D'après l'article 578 du Code de commerce il ne sera tenu à la livraison que si le syndic de la faillite de l'acheteur lui paie intégralement le prix convenu. Si ce vendeur a expédié les marchandises vendues, il pourra d'après l'article 576 du Code de commerce les revendiquer, tant qu'elles ne seront pas entrées dans les magasins de l'acheteur. Si le vendeur en a fait tradition dans les magasins de l'acheteur, il perd son privilège (art. 550, § 4, C. comm.).

Nous avons en outre, depuis une loi du 12 février 1872, une réglementation assez complète mais assez confuse des droits du bailleur d'immeubles en cas de faillite du locataire (art. 450 et 550, C. comm.).

Et c'est tout. La société, le mandat, l'assurance maritime, la vente d'objets mobiliers faite au failli, le bail d'immeubles, sont donc les seuls contrats sur lesquels nous possédions quelque chose de précis.

2 *bis.* — Quelle influence la faillite exerce-t-elle sur les autres contrats, c'est là ce que nous ne trouvons nulle part dans le Code de commerce.

Que deviendra par exemple le compte courant, que le failli avait avec un banquier? Que deviendront les ventes qu'il a faites et n'a point encore exécutées? l'assurance sur la vie qu'il avait contractée? les contrats de louage de services passés avec ses employés ou ses ouvriers, etc.?

Ces contrats seront-ils résiliés ou résolus *de plano* ?

Ne pourront-ils l'être au contraire que dans de certaines circonstances?

Pourront-ils jamais être résolus rétroactivement?

Si cette résiliation ou résolution a lieu, quelles en seront les conséquences? donnera-t-elle droit à des dommages-intérêts? Autant de questions qu'il est important de résoudre.

Le but de la présente étude est précisément de rechercher les principes, qui permettront de résoudre ces divers problèmes. Ce que nous voudrions, c'est établir d'une façon générale l'influence qu'exerce la faillite sur ce qu'on peut appeler *la vie* du contrat.

Dans tous les commentaires du Code de commerce on trouve un chapitre consacré aux contrats antérieurs suspects de fraude; nous voudrions que notre étude fût comme un chapitre venant faire suite à celui-là. Ce second chapitre, en traitant de la destinée des contrats antérieurs valablement conclus, viendrait compléter le premier; à eux deux ils donneraient comme un aperçu général sur la façon dont les différents liens juridiques créés par le commerçant, résistent à ce choc formidable de la faillite. Dans le premier de ces chapitres ce sont des questions de révocation qui se posent, tout gravite autour du grand

principe d'où dérive l'action Paulienne, à savoir : qu'un débiteur ne peut diminuer frauduleusement le gage de ses créanciers ; dans le chapitre que nous voudrions écrire, ce sont des questions de résiliation ou de résolution qui devront être agitées, tout devra graviter autour du grand principe dont dérive l'article 1184 du Code civil, à savoir : que nul ne peut invoquer un contrat qu'il ne respecte pas lui-même.

3. — Nous disons résiliation ou résolution ; ce sont là des mots, que nous aurons occasion de répéter constamment dans le courant de cette étude, et nous devons indiquer dès cette introduction quel est leur sens précis dans la terminologie, que nous adoptons.

Dans tout contrat à titre onéreux, si chaque partie prend à sa charge une certaine prestation, c'est en considération de la prestation que l'autre partie a assumée de son côté. Par suite, que l'un des contractants ne fournisse pas la prestation dont s'agit, alors l'autre contractant doit se trouver déchargé de la sienne en raison d'une volonté qu'il est légitime de présumer ; le lien juridique qui les unissait se trouve donc rompu, et nous dirons alors que le contrat *est résilié*.

Cette expression, qui est d'ailleurs une expression de langage courant (où l'on parle souvent de résiliation à bail, résiliation d'un marché, etc...), a pour nous un sens très général, elle sert à désigner toute rupture de contrat provenant du fait de l'un des contractants. Par suite de la résiliation il ne subsistera plus entre les parties aucun lien juridique, le contrat ne pourra plus produire aucun effet dans l'avenir.

Généralement, les effets déjà produits ne pourront être effacés, les conséquences qu'ont eues déjà dans le passé le

bail, le louage d'ouvrage, la société, le compte courant, etc., resteront acquis, ce seront les résultats à venir qui seuls seront empêchés. Mais en vertu de dispositions formelles de nos lois il n'en est point toujours ainsi. Dans certains contrats, où cela était possible, dans les contrats translatifs de propriété notamment, le législateur a décidé que l'inexécution par l'une des parties aurait pour conséquence de faire considérer le contrat comme n'ayant jamais existé.

Dans ce cas la résiliation dont nous venons de parler se produit avec des effets rétroactifs et c'est alors que nous la désignons conformément à la terminologie courante sous le nom de résolution.

La résiliation c'est donc pour nous toute rupture du contrat n'intéressant que l'avenir, et la résolution tout anéantissement du contrat rétroagissant dans le passé (1).

4. — Ceci posé, quelle méthode devrons-nous suivre pour venir à bout de notre tâche ? Nous avons parlé de l'influence de la faillite d'un contractant sur la vie des contrats. Qu'il nous soit permis de continuer cette métaphore. Cette vie peut ne pas être atteinte par la survenance de la faillite, c'est là une première hypothèse ; cette vie peut être mise en danger, sans que cependant la mort soit certaine, c'est là une deuxième hypothèse ; enfin la mort peut être instantanée, troisième hypothèse.

Ce n'est pas tout, comme dans notre droit la fiction a conservé une certaine importance, une quatrième hypothèse doit être envisagée. Il se pourrait que, dans certains cas, notre contrat fût fictivement considéré comme n'étant

(1) D'ailleurs résiliation et résolution ont la même origine, elles reposent l'une et l'autre sur cette intention très certaine de chacune des parties, de ne pas voir survivre ses obligations propres à la violation par son co-contractant des obligations qui incombaient à celui-ci.

jamais venu à la vie, comme n'ayant jamais pris naissance.

Tout ceci nous fournit les grandes lignes de notre plan.

Dans une première partie, nous rechercherons comment, d'une façon générale, la faillite peut porter atteinte à la vie du contrat, et cela nous amènera à étudier les cas où cette vie est certainement respectée.

Dans une deuxième partie, nous étudierons dans quels cas il y a résiliation *de plano* comparable à une mort subite.

Dans une troisième partie, nous étudierons les cas où la faillite, si elle n'amène pas *de plano* la résiliation du contrat, peut se présenter tout au moins comme une cause de résiliation, permettant dans de certaines conditions d'obtenir cette résiliation en justice.

Puis après avoir ainsi achevé ce qui concerne la *résiliation*, c'est-à-dire toute rupture du contrat ne produisant effet que pour l'avenir, nous étudierons dans une quatrième partie la *résolution rétroactive*, susceptible d'atteindre le contrat, non seulement dans son avenir mais encore dans son passé. Nous aurons alors à rechercher dans quels cas cette résolution rétroactive est possible et dans quels cas au contraire elle est prohibée par le législateur.

Enfin dans une cinquième partie, nous étudions les conséquences de la résiliation ou de la résolution, nous nous demanderons si cette résiliation ou cette résolution, lorsqu'elles sont admises, peuvent donner lieu à des dommages-intérêts.

Nous intitulerons ces différentes parties de la façon suivante :

1re partie. — *Des contrats respectés par la faillite.*

2e partie. — *Des contrats résiliés de plein droit.*

3e partie. — *Des contrats résiliables.*

4e partie. — *Résolution rétroactive. Des cas où cette résolution est possible, des cas où elle est prohibée.*

5e partie. — *Des dommages-intérêts de résiliation ou de résolution.*

5. — Avant de passer à l'étude de ces différentes parties, il importe de trancher une sorte de question préjudicielle. Ce sont en somme certains effets de la faillite que nous devons examiner ; or, pour qu'on puisse parler d'effets de la faillite, d'influence de la faillite sur les contrats antérieurs, est-il toujours nécessaire qu'il y ait faillite déclaré ? qu'un jugement du tribunal de commerce constatant la cessation des paiements ait été rendu (1) ?

La jurisprudence (2) considère la faillite comme un état de fait, qui dérive immédiatement de la cessation des paiements, et qui est indépendant de tout jugement déclaratif de faillite. On trouve dans une décision judiciaire cette affirmation très catégorique : « Il est de principe que la faillite est un fait qui existe et doit entraîner toutes ses conséquences au point de vue des intérêts civils, indépendamment de toute déclaration émanée de la justice commerciale (3). » Il résulte de là qu'à propos d'une contestation quelconque soumise à un tribunal civil on pourra se prévaloir des effets de la faillite en prouvant simplement le fait de la cessation des paiements.

(1) C'est simplement pour ordre que nous indiquons ici cette question et uniquement pour bien poser les données de notre problème: pour nous, faillite ne doit jamais s'entendre que dans le sens de faillite déclarée. V. sur la théorie de faillite de fait Fourcade, *Des faillites non déclarées*, Lyon, 1889 ; Lyon-Caen et Renault, t. VII, n° 187 et suivants ; Thaller, *Traité*, p. 833 ; Demangeat sur Bravard, V, p. 39, 66, 201 ; Boistel, n° 898.

(2) Metz, 16 décembre 1868, D. 1869.2.206 ; Caen, 15 mai 1854, D. 1854. 2. 243 ; Cassation, 4 décembre 1854, D. 1855.1.20 ; Lyon, 4 août 1887. *Journal des faillites*, 1887, p. 481.

(3) Trib. civ. Ruffec, 13 avril 1869, D. 1871.2.54.

Bien entendu il ne peut être question de faire produire à la simple situation de fait tous les effets de la faillite reconnus au livre III du Code de commerce. On est obligé de diviser les règles de ce livre en deux catégories : d'une part les dispositions de procédure, qui supposent forcément un jugement déclaratif, et d'autre part les règles de fond, qui ne se rattachent pas forcément à une procédure déterminée. Ce sont ces règles qui suivant la jurisprudence seraient applicables même aux faillites de fait.

Toute cette théorie repose en somme sur une interprétation trop littérale de l'article 437 du Code de commerce : « Tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite. »

Cet article ne doit pas être isolé de l'article 440 qui vient l'expliquer et le compléter : « La faillite est déclarée par jugement du tribunal de commerce. » Et il résulte clairement des travaux préparatoires que l'on n'a voulu confier le soin d'apprécier les circonstances constitutives de la cessation des paiements qu'au tribunal commercial « qui, éclairé par la connaissance et l'habitude des affaires commerciales, peut prononcer avec connaissance sur cet ensemble de circonstances (1) ».

Cette théorie de la faillite de fait, consacrée par la jurisprudence, nous semble devoir être rejetée : aussi dans le courant de cette étude sera-ce toujours la faillite déclarée que nous aurons en vue.

Toutefois nous ne pouvons pas ne pas tenir compte du système de la jurisprudence et nous devrions nous demander, à propos de tous les problèmes que nous aurons

(1) Discours du rapporteur de projet de la loi de 1838 devant la Chambre des députés. V. Duvergier, *Collection des lois* (Note sur l'art. 437 de la loi de 1838) ; Lyon-Caen et Renault, t. VII, p. 145, n° 189.

à résoudre, si les effets que nous reconnaissons à la faillite doivent rentrer dans la catégorie de ceux que la jurisprudence rattache à la cessation des paiements, ou au contraire dans la catégorie des effets qui impliquent forcément l'existence d'un jugement déclaratif. Mais nous pouvons nous contenter d'une remarque générale. En indiquant dès maintenant que les différents effets que nous aurons à envisager, touchent à des règles de fond et ne supposent pas une procédure déterminée, nous pouvons dire immédiatement que ces différents effets doivent dans le système de la jurisprudence être produits aussi bien par la faillite de fait que par la faillite déclarée.

6. — Il reste à présenter une autre observation préliminaire très importante.

Jusqu'ici nous n'avons parlé que de la faillite. Depuis la loi du 4 mars 1889, la faillite s'est en quelque sorte dédoublée, à côté de la procédure organisée par le livre III du Code de commerce la loi nouvelle a établi une procédure moins rigoureuse : *la liquidation judiciaire.*

Cette liquidation judiciaire n'est en quelque sorte qu'une faillite atténuée, réservée aux commerçants malheureux, victimes des événements ; aussi dans la très grande majorité des cas (art. 24 de la loi) la liquidation obéit-elle aux mêmes règles que la faillite.

Dans ces conditions tout ce que nous disons de la faillite s'appliquera à la liquidation judiciaire et nous n'aurons pas à nous astreindre constamment à les mentionner l'une et l'autre ; à moins que nous n'ayons quelque particularité à signaler relativement à la liquidation judiciaire, c'est de la faillite seulement que nous parlerons.

PREMIÈRE PARTIE

CONTRATS EN DEHORS DES ATTEINTES DE LA FAILLITE

---

7. — Dans cette première partie nous rechercherons d'abord comment d'une facon générale la faillite peut porter atteinte à la vie du contrat, rompre le lien juridique.

Et c'est ainsi que nous serons amené à dégager les cas où la faillite ne peut exercer aucune influence.

§ 1. — Comment la faillite peut-elle porter atteinte à la vie du contrat ?

8. — Les contrats dont nous nous occupons n'étant pas suspects de fraude, échappant par hypothèse à l'application de toute action Paulienne même élargie par les articles 446 et 447 du Code de commerce, on pourrait être tenté de dire que la faillite ne peut en rien les atteindre. Les obligations nées de ces contrats étant respectées, la faillite n'aurait d'autres conséquences que d'imposer la loi du dividende, à ceux que de tels contrats auraient rendus créanciers du failli.

Cela sera parfaitement exact lorsqu'il s'agira de contrats à titre gratuit (1). Par exemple le failli avait fait une do-

(1) Il y a toutefois à propos du mandat une exception à signaler. Nous

nation qui au jour du jugement déclaratif de faillite n'est pas encore exécutée : le donataire ne touchera peut-être qu'un dividende, mais la donation elle-même ne sera pas atteinte.

Il en sera évidemment de même dans le cas où c'est le failli qui est donataire ; bien qu'il puisse être désagréable au donateur de voir sa libéralité profiter principalement à des créanciers, il ne sera pas dégagé pour cela de son obligation.

Mais les choses vont changer dans le cas où il s'agira non plus d'un contrat à titre gratuit mais d'un contrat à titre onéreux. Là les parties ne se sont engagées qu'en vue d'un équivalent pécuniaire ; il faut que cet équivalent pécuniaire soit fourni à chacune d'elles par son co-contractant, sans quoi l'équilibre serait rompu.

Aussi est-il de toute justice d'autoriser la partie, qui n'obtiendrait pas satisfaction, à se dégager de sa propre obligation, ou même à reprendre sa prestation, si elle l'a déjà fournie. C'est bien là le principe de l'article 1184 du Code civil (1).

retrouverons le mandat à la partie suivante et nous verrons que la résiliation du mandat par suite de la faillite repose sur une idée de révocation.

(1) Il est vrai que l'article 1184 ne pose le principe que pour les contrats synallagmatiques, mais il nous semble indispensable de l'appliquer à tous les contrats à titre onéreux, parce qu'ils mettent des prestations à la charge de l'une et de l'autre parties et que l'équité serait offensée de voir un contrat maintenu, bien que l'une des parties seulement l'ait exécuté.

Seulement dans les contrats dits unilatéraux la partie lésée par l'inexécution du fait de l'autre partie, obtiendra non sa propre libération (car elle n'est pas obligée et c'est là la différence avec le cas d'un contrat synallagmatique) mais la restitution de ce qu'elle avait donné pour prix de l'obligation contractée à son profit.

D'ailleurs la division des contrats intéressés en contrats unilatéraux et synallagmatiques est-elle bien rationnelle ? L'opération a toujours commencé

Or précisément la faillite est de nature à réagir sur l'exécution des obligations à la charge du failli, et c'est ainsi que la faillite va pouvoir porter atteinte à la vie du contrat à titre onéreux.

Toutefois, si au jour du jugement déclaratif, le failli a déjà rempli les charges que le contrat lui impose, il est évident que sa faillite n'exercera aucune influence sur le contrat lui-même. L'autre partie n'a aucune plainte à élever et rien ne saurait la dispenser de fournir elle-même sa prestation. Il y a là, à côté de l'hypothèse d'un contrat à titre gratuit, un autre cas où le contrat reste forcément en dehors de toute atteinte.

9. — Mais supposons maintenant que le failli ne se soit pas encore exécuté au jour du jugement déclaratif, c'est alors que les principes de la *lex commissoria* tacite entrent en jeu :

par être synallagmatique pour se résoudre ensuite en contrat unilatéral. Dans les contrats se formant *re* l'une des parties a exécuté sa promesse en remettant immédiatement la chose promise et c'est ainsi qu'il ne reste plus d'obligation qu'à la charge de l'autre partie. « Dans les contrats intéressés, dit M. Huc (t. VII, p. 12), il est impossible de concevoir qu'un individu doive quelque chose, sans qu'il y ait eu auparavant une prestation quelconque effectuée par le créancier aux dépens de son propre patrimoine, car s'il n'y en avait pas eu, l'obligation serait nulle ou à titre gratuit » (Comp. Domat, *Lois civiles*, L. 1, t. 1, sect. 1, n° 4 et suiv.).

Il n'y a donc pas lieu, quant à l'application du principe de l'article 1184, de distinguer entre les contrats synallagmatiques et les contrats à titre onéreux. Au reste, le Code lui-même en fait application à la rente constituée (art. 1912) et à la donation quand le donataire n'exécute pas les charges.

Si l'article 1184 ne parle que des contrats synallagmatiques, c'est qu'il reproduit un passage de Pothier, où ce dernier s'occupant de l'extinction des obligations ne pouvait envisager alors que les contrats synallagmatiques, mais ailleurs Pothier n'hésite pas à faire application des mêmes principes à la constitution de rente (V. Valette, *Obligations*, n° 636).

V. dans le même sens : Guillouard, *Traité du prêt*, p. 49, en sens contraire : Laurent, XXVI, n° 467.

1° Si la faillite met complètement obstacle à l'exécution par le failli des obligations qui lui incombent encore, alors on est tout naturellement amené à une résiliation *ipso jure* du contrat (c'est ce qui fera l'objet de la partie suivante).

2° Si la faillite tout en rendant probable l'inexécution du contrat, ne la rend pas cependant complètement impossible, le lien juridique ne sera pas forcément rompu, il ne pourra l'être que si l'exécution immédiate ou des garanties d'exécution à l'échéance sont refusées. Par suite, dans ces hypothèses (que nous étudierons en détail dans notre troisième partie) le contrat sera respecté, malgré la survenance de la faillite, toutes les fois du moins que l'exécution en sera assurée (1).

3° Enfin il est possible, que l'obligation à la charge du failli soit de telle nature, qu'elle n'intéresse pas le gage des créanciers ; la faillite ne peut dès lors avoir aucune influence sur son exécution et par suite le contrat dans son ensemble ne subit aucune atteinte (C'est là un point que nous serons amené à examiner dans la partie suivante) (2).

Tout ceci est encore très vague, il n'y a là en réalité que des indications sommaires. Le but de cette première partie était plutôt de déblayer le terrain, en indiquant les différents cas, où le contrat antérieur reste forcément en dehors de la sphère d'influence de la faillite. Ces cas nous pouvons maintenant les énumérer facilement dans la conclusion suivante.

(1) Ajoutons d'ailleurs qu'il en est encore ainsi dans des cas, que nous étudierons dans la IV° partie et, où la rupture du contrat ne pouvant résulter que d'une résolution rétroactive, le législateur a prohibé cette résolution, en raison précisément des inconvénients qui résulteraient de la rétroactivité.

(2) V. *infrà*, n°s 12 et 13.

§ 2. — **Conclusion de cette première partie. — Indication des différentes catégories de contrats qui restent forcément en dehors des atteintes de la faillite.**

10. — Restent forcément soustraits aux atteintes de la faillite :

1° Les contrats à titre gratuit (réserve faite relativement au mandat) ;

2° Les contrats à titre onéreux déjà exécutés par le failli au jour de la déclaration de faillite ;

3° Les contrats qui mettent à la charge du failli des obligations n'intéressant pas le gage de ses créanciers.

Cela ne veut pas dire que tous les autres contrats soient forcément touchés par la faillite, mais ils peuvent l'être ; et l'étude des cas, où ils seront en définitive respectés, rentre nécessairement dans le cadre des parties suivantes.

DEUXIÈME PARTIE

DES CONTRATS RÉSILIÉS DE PLEIN DROIT

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPES GÉNÉRAUX.

11. —Nous avons vu dans la partie précédente comment la faillite peut porter atteinte à la vie du contrat, à la persistance du rapport juridique ; nous avons indiqué qu'on est naturellement amené à admettre une résiliation *ipso jure* (c'est-à-dire indépendamment de toute instance judiciaire) lorsque la faillite empêche d'une façon absolue le commerçant qui en est frappé d'exécuter les obligations que le contrat met encore à sa charge.

Nous disons d'ailleurs résiliation et non pas résolution, car l'impossibilité absolue d'exécuter dans laquelle va se trouver le failli n'impose *à priori* qu'une seule chose, l'anéantissement pour l'avenir ; la résiliation. Quant aux effets déjà produits, rien ne fait une obligation de les déclarer *à priori* rétroactivement anéantis ; ils ne pourraient l'être, que s'il y avait lieu de faire fonctionner ici la condition résolutoire tacite avec l'effet rétroactif qu'elle

comporte dans notre droit ; or précisément, on va voir par ce qui suit, qu'il est impossible de le faire pour les contrats qui doivent faire l'objet de la présente partie.

Ces contrats, avons-nous dit, sont ceux dont l'exécution est rendue impossible par la faillite. Il nous faut maintenant nous expliquer sur ce point d'une façon plus précise.

Par suite de la faillite, le commerçant est dessaisi : *Le jugement déclaratif de faillite emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le failli de l'administration de tous ses biens* (art. 443, § 1, C. com.). On pourrait croire que ce dessaisissement va rendre impossible toute exécution des obligations incombant au failli ou du moins toute exécution autrement qu'en dividende, car le failli étant dessaisi, il ne pourra au moyen des biens dont l'administration lui échappe, remplir les engagements qu'il a pris. Ces engagements resteront donc en souffrance, et dans la liquidation générale le co-contractant ne pourra jamais avoir droit qu'à un dividende.

En réalité les choses ne se passent pas ainsi. Si le failli n'est plus à la tête de son patrimoine, il y est remplacé par un syndic, et c'est ce syndic qui pourra exécuter, au nom de la masse des créanciers et à la place du failli ; il pourra, suivant une expression commode, *entretenir le contrat*, continuer par exemple le paiement intégral des loyers de l'immeuble affecté à l'industrie du failli (art. 450, C. com.), payer intégralement le prix des marchandises vendues au failli et non encore livrées (art. 578, C. com.), etc...

C'en est assez pour que le dessaisissement ne mette pas un obstacle absolu à l'exécution complète et normale de toutes les obligations dufailli.

Quelles sont donc les obligations qui par suite de la faillite ne pourront plus être exécutées ?

Ce sont précisément les obligations qui dans l'intention certaine des contractants ne peuvent être accomplies que par le failli lui-même, les obligations que le syndic ne pourrait prétendre remplir à sa place (1). Dans les exemples précédents, qu'importe au bailleur d'immeubles ou au vendeur d'effets mobiliers, d'être payé, l'un de ses loyers, l'autre de son prix de vente par le syndic. Du moment que les co-contractants ont chance d'obtenir satisfaction il n'y a pas de raison de déclarer le contrat résilié de plein droit; seulement cette satisfaction ils sont loin d'être sûrs de l'obtenir ; comme il s'agit d'obligations qui réagissent sur le patrimoine du failli, ils savent que l'exécution intégrale dépend maintenant du syndic, qu'ils ne sont pas absolument en droit d'y compter, qu'ils ont au contraire tout lieu de craindre qu'elle ne leur soit refusée; aussi peuvent-ils, comme nous le verrons dans notre troisième partie, prétendre tout au moins à être immédiatement fixés.

Au contraire la situation est tout autre lorsque la prestation promise par le failli ne peut être fournie que par lui seul, lorsque remettre à une autre personne le soin de continuer le contrat serait en réalité non pas l'exécuter, mais le violer. C'est, comme nous le verrons dans un instant, ce qui a lieu notamment en cas de mandat donné au failli ou de société conclue avec lui.

Ainsi donc une première condition nécessaire, pour

(1) Il y a lieu d'ajouter comme nous le verrons dans l'appendice de ce chapitre, les obligations que le syndic pourrait bien exécuter sans que le co-contractant ait à s'en plaindre, mais qu'il n'aura jamais droit d'exécuter au nom de la masse parce que ce serait trahir les intérêts de celle-ci.

qu'il y ait lieu à résiliation *ipso jure*, est qu'on se trouve en présence d'obligations, qui, à raison de leur nature même ou à raison de l'intention manifeste des parties, ne peuvent être remplies que par celui auquel le contrat les impose.

12. — Mais cette condition n'est pas suffisante. Il faut en outre que ces obligations à la charge du failli intéressent son patrimoine, soient de nature, s'il voulait s'y soumettre et continuer lui-même le contrat, à compromettre le gage de ses créanciers. C'est en effet seulement dans ce cas que l'exécution normale sera rendue impossible par le dessaisissement.

L'exécution d'obligations antérieures engage certainement le patrimoine, lorsqu'il s'agit d'une obligation de donner, puisque l'exécution d'une semblable obligation implique forcément un acte de disposition faisant sortir certains biens du patrimoine ; mais, pour de semblables obligations, la considération de la personne est généralement indifférente ; aussi, ne trouve-t-on guère la réunion des deux conditions précédentes qu'à propos des obligations de faire : quand il s'agit d'une série d'actes à accomplir, quand le contrat primitif a fait naître contre les parties des rapports durables d'où dériveront forcément dans l'avenir une série d'obligations à leur charge (1) ; c'est là ce qui se rencontre notamment lorsque les parties sont engagées dans les liens d'un mandat, d'une société, d'un compte courant.

Ainsi donc il y aura résiliation *ipso jure* lorsque le con-

(1) Il résulte bien de là, comme nous l'indiquons au commencement de ce chapitre, que les contrats dont il s'agit ici ne pourront jamais être que résiliés ; les seuls contrats en effet, pour lesquels peuvent se poser pratiquement des questions de résolution, sont les contrats translatifs de propriété (V. *infrà*, n° 189).

trat ne pourra plus être continué par personne : ni par la masse, parce qu'il repose sur l'*intuitus personæ* ; ni par le failli lui-même, parce qu'il compromettrait le patrimoine. Si l'une de ces deux conditions *intuitus personæ*, répercussion certaine sur le patrimoine, venait à manquer, nous ne pourrions pas, à moins de textes formels ou d'usages bien établis, nous prononcer pour une résiliation *ipso jure* : si l'exécution du contrat n'implique pas l'intervention personnelle du failli, alors la résiliation ne pourra être admise qu'à de certaines conditions que nous étudierons plus tard dans notre troisième partie ; si l'exécution ne peut réagir sur le patrimoine, alors, non seulement il n'y a pas à parler de résiliation *ipso jure*, mais même le contrat ne subira aucune atteinte du fait de la faillite.

13. — En effet, la faillite n'est pas pour le failli une paralysie générale, le dessaisissement, qu'elle comporte, ne produit d'effets, que relativement au gage des créanciers et a simplement pour but de protéger ces créanciers contre les actes de fraude ou de mauvaise administration de leur débiteur. Dès lors, si la prestation due ne touche en rien le patrimoine, si c'est un simple fait dépourvu de conséquences juridiques, la faillite ne peut mettre aucun obstacle à ce que le failli s'exécute. Nous retrouvons là un des cas que nous avons signalés dans notre première partie (1), où le contrat se trouve en dehors de la sphère d'influence de la faillite.

A proprement parler ce n'est pas un cas très pratique ; on peut cependant donner des exemples : un entrepreneur tombe en faillite ; cet entrepreneur exerçait en même

(1) *Suprà*, n° 9.

temps, lorsqu'il en avait l'occasion, la profession d'architecte, il dressait des plans de construction dont on ne lui avait pas donné l'entreprise. Avant la faillite il s'était engagé à exécuter, moyennant un certain prix, des plans dans les conditions précédentes ; il semble bien que dans ces conditions la faillite ne doive porter aucune atteinte à ce contrat (1). Le dessaisissement en effet n'empêche nullement l'entrepreneur de s'exécuter et celui qui a fait la commande ne peut trouver dans le seul fait de la survenance de la faillite le droit d'élever aucune réclamation. Il est bien vrai que, si le contrat n'est pas exécuté par le failli, la créance de dommages-intérêts qui en résultera à son profit sera fortement compromise, mais lorsqu'on commande des plans à un architecte, comme lorsqu'on commande des tableaux à un peintre, c'est le talent personnel de cet architecte ou de ce peintre qu'on a en vue, et nullement son degré de solvabilité pouvant permettre un recours plus ou moins efficace en cas d'inexécution du travail commandé.

14. — Jusqu'ici nous sommes parti exclusivement de l'idée de dessaisissement parce que, indépendamment de tout texte législatif, c'est cette idée seule qui pouvait nous permettre d'arriver à une résiliation de plein droit (2).

(1) Entre les parties contractantes le lien juridique subsistera et ne sera même pas ébranlé, mais cela ne veut pas dire que dans les rapports entre le failli et la masse, le dessaisissement ne produira aucun effet relativement au contrat en question. Le bénéfice du contrat tombera dans l'actif de la faillite.

(2) Il est vrai que la liquidation judiciaire n'entraîne pas de dessaisissement : le liquidé reste à la tête de ses affaires, c'est lui qui figure en personne dans les actes concernant son patrimoine, il est seulement assisté d'un liquidateur et soumis au contrôle de la justice. Mais il ne faudrait pas conclure de là que les principes précédents ne peuvent plus trouver leur application, lorsqu'au lieu de faillite il s'agit de liquidation judiciaire. En effet, si le liquidé reste à la tête de ses affaires, c'est plutôt

En effet, c'est seulement en raison du dessaisissement que la faillite peut produire par elle-même et immédiatement une impossibilité absolue d'exécution. S'il n'y avait pas dessaisissement, il n'y aurait pas d'obstacle insurmontable s'opposant à ce que le contrat, qui repose par hypothèse sur l'*intuitus personæ*, fût continué par le failli lui-même. Sans doute le co-contractant aurait de justes motifs de craindre que cette continuation n'ait point lieu, il pourrait dès lors, en vertu des règles que nous dégagerons dans notre troisième partie, exiger qu'on lui garantisse une exécution complète, conforme aux termes du contrat; mais, c'est seulement dans l'hypothèse où ces garanties ne lui seraient pas fournies, qu'il pourrait demander en justice la résiliation; cette résiliation n'aurait point lieu de plein droit.

Mais le législateur lui-même pouvait donner à la résiliation de plein droit une autre base que le dessaisissement, il pouvait poser en principe (ce qui doit rester interdit à l'interprète) que dans telles circonstances données la commune intention des parties de résilier le contrat serait présumée. C'est ce qu'il a fait pour la société et le mandat: il a décidé que la déconfiture, bien qu'elle n'entraîne aucun dessaisissement, produirait immédiatement la résiliation de ces contrats. Tout le monde est d'accord (1) pour appliquer à la faillite ce que le Code dit de la déconfiture. Dès lors on peut dire que la faillite produit

en apparence qu'en réalité. Il y a là une satisfaction d'amour-propre accordée au liquidé mais il n'y a pas autre chose ; la véritable direction de ses affaires lui est enlevée. Au fond le liquidé a perdu toute autonomie, il est complètement sous la dépendance du liquidateur. C'est là une situation qui, relativement à ce qui nous occupe, doit produire les mêmes conséquences qu'un dessaisissement véritable.

(1) V. *infrà*, n° 18 et la note ; n° 24 et la note.

immédiatement la résiliation de la société et du mandat, non seulement à raison du dessaisissement qu'elle implique, mais encore à raison de la présomption de volonté à laquelle le législateur s'est attaché dans les articles 1865 et 2003 du Code civil. Cette commune intention des parties, il ne pouvait appartenir à l'interprète de la présumer, mais elle devait apparaître au législateur comme tout à fait évidente dans des contrats où la considération de la personne a été déterminante, dans des contrats qui supposent que l'une des parties accorde à l'autre une confiance toute spéciale. Dans ces contrats, chaque partie croit non seulement à la solvabilité de l'autre (cette croyance là est commune à tous les créanciers chirographaires) mais en outre à son habitude des affaires, à ses capacités commerciales. Il est donc naturel que la faillite qui fait évanouir cette confiance, produise par elle-même la rupture du lien juridique. Les parties ne l'ont point stipulé expressément, mais l'on doit supposer que telle était leur commune intention, et cette intention le législateur devait décider qu'on la présumerait même en l'absence de toute clause formelle.

15. — Et tout ceci nous amène à conclure que la faillite résilie de plein droit tous les contrats qui mettent à la charge du failli des obligations *purement personnelles*, et qui sont de nature à intéresser son patrimoine. Ces contrats sont résiliés parce que le dessaisissement d'une part, et en outre dans quelques cas certaines présomptions de volonté posées par le législateur mettent un obstacle absolu à l'exécution par le failli des contrats en question (1).

(1) Nous verrons en outre dans un appendice placé à la fin de ce chapitre que certains contrats sont encore résolus de plein droit parce qu'il serait impossible d'autoriser la masse à les continuer à la place du failli.

Ces principes généraux étant posés, il nous faut maintenant descendre aux applications. Nous avons vu comment et dans quelles circonstances une résiliation de plein droit pouvait s'imposer, nous avons vu d'autre part sur quels principes rationnels le législateur pouvait, par une intervention spéciale, fonder une résiliation de ce genre : il nous faut maintenant étudier d'une façon concrète les cas où cette résiliation se produit.

CHAPITRE II

PRINCIPAUX CAS DE RÉSILIATION DE PLEIN DROIT.

§ 1. — Société.

16. — Plusieurs personnes ont formé entre elles une société civile ou commerciale. Pendant la durée de la société, l'un des associés, qui exerce en dehors de la société un commerce quelconque, tombe en faillite. Cette faillite va entraîner la dissolution de la société.

En effet, le failli est maintenant dessaisi de l'administration de ses biens, les actes qu'il accomplira après le jugement déclaratif seront inopposables à ses créanciers, dans ces conditions il est impossible que les opérations sociales continuent avec lui. Il est impossible également qu'elles soient continuées par le syndic prenant la place de l'associé dessaisi ; cette substitution ne peut se concevoir dans un contrat reposant comme la société sur la considération des personnes, et où les obligations qui en résultent ne sauraient être accomplies indifféremment par tel ou tel individu (1).

On devait donc arriver à une rupture du lien juridique entre le failli et les autres associés. Il est d'ailleurs naturel de supposer, que si les parties y avaient songé, elles n'auraient pas manqué de bien spécifier dans leur contrat, la résiliation de plein droit pour le cas de faillite de l'un

(1) Comp. art. 1861, Code civil.

des contractants. Il appartenait au législateur d'interpréter d'une façon générale la volonté des parties et de suppléer à leur silence. C'est précisément ce qui fut fait par l'article 1865 du Code civil.

17. — Cela est absolument conforme aux précédents historiques.

On lit dans Gaius (1) : *Item si cujus ex sociis bona publice aut privatim venierint solvitur societas.* On trouve également au Digeste : *Bonis a creditoribus venditis unius distrahi societatem Labeo ait* (2). Dans notre ancien droit il en fut de même comme l'attestent Despeisses (3) et Pothier (4).

18. — L'article 1865 de notre Code civil est ainsi conçu : « *La société finit* : 1° *par l'expiration.....* 4° *par la mort civile, l'interdiction ou la déconfiture de l'un d'eux.* » On voit qu'il n'est pas très explicite, mais la pensée du législateur n'est point douteuse.

Tout d'abord, bien que ce texte ne parle pas de résiliation de plein droit, il est bien certain cependant que c'est de plein droit en dehors de toute instance judiciaire que se produit la dissolution en question. Le seul fait de mettre sur la même ligne la déconfiture et la mort de l'un des associés suffirait à le prouver.

D'autre part notre article ne parle que de la déconfiture et ne mentionne pas la faillite ; mais ce qui est dit ici de la déconfiture, qui ne produit aucun dessaisissement, doit être appliqué *a fortiori* à la faillite. C'est d'ailleurs ce qui

(1) *Comm.*, III, § 154.
(2) Loi 65, § 1, D. *Pro socio* (XVII, t. 2).
(3) Despeisses, *Des contrats*, partie I, t. 3, sect. 3, n° 9.
(4) Pothier, *Contrat de société*, n° 148.

est admis par tous les auteurs et par une jurisprudence constante (1).

19. — Mais cet article, malgré la généralité de ses termes, ne doit s'appliquer qu'aux sociétés de personnes et non aux sociétés de capitaux. Il ne faut pas oublier en effet sur quels principes il repose. Dans les sociétés de personnes la personnalité de chacun des associés a été prise en considération par les autres, lors de la conclusion du contrat. Par suite, si l'un des associés se trouve dans l'impossibilité de remplir lui-même ses obligations, nul ne peut prétendre se substituer à lui. C'est l'individu tombé depuis en faillite qui avait été tout d'abord choisi, c'est avec lui que la société devait se continuer, aussi du jour où cet individu, trompant toutes les espérances, devient incapable d'accomplir sa mission, la société tout naturellement doit prendre fin.

Mais il en va tout autrement dans les sociétés de capitaux. La considération de la personne ne joue aucun rôle ; peu importe que les actions se trouvent entre les mains de tel ou tel, chaque actionnaire peut librement les céder à qui bon lui semble sans prendre au préalable l'avis des autres actionnaires ; la faillite de l'un d'eux ne peut donc apporter aucune entrave au cours normal de la société. Il serait tout à fait inadmissible qu'une compagnie de chemins de fer par exemple fût dissoute de plein droit, uniquement parce que l'un de ses actionnaires est tombé en faillite. C'est là certainement une conséquence que tous

(1) Voir notamment : Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit comm.*, t. II, n° 323 ; Duranton, t. XVII, n° 474 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 570 ; Pont, *Contrat de société*, n° 726 ; Laurent, t. XXVI, n° 386 ; Guillouard, *Contrat de société*, p. 402. — Paris, 5 janvier 1853, S. 1854.2 341 ; Cass., 7 décembre 1858, D. 1859.1.135 ; Cass., 4 août 1880, D. 1881-464 et S. 1881. 1.56.

les auteurs se refuseraient à admettre même ceux qui, comme M. Guillouard (1), prennent à la lettre les termes très généraux de l'article 1865 et l'appliquent même aux sociétés de capitaux.

La solution que nous adoptons relativement aux sociétés de capitaux est celle enseignée par la grande majorité des auteurs (2).

Il en est même qui ont cru devoir l'étendre aux sociétés en commandite simple (3) : ces sociétés ne seraient point dissoutes par suite de la faillite d'un commanditaire. Ceci paraît inexact. Dans la commandite simple, la considération des commanditaires n'est pas absolument indifférente. Aussi vaut-il mieux admettre l'extinction de la société en cas de faillite d'un commanditaire (4).

20. — Ainsi donc les sociétés autres que les sociétés de capitaux sont dissoutes *ipso jure* en cas de faillite de l'un des associés. Cela n'est pas sans présenter parfois certains inconvénients, surtout étant donné que le failli lui-même, ou plutôt la masse de ses créanciers, peut se prévaloir de cette dissolution (5). Il en résulte que les associés auront souvent intérêt à convenir dans l'acte de société que la faillite de l'un d'eux n'entraînera point la dissolution. Cette convention sera parfaitement licite : l'article 1865 repose en somme sur une interprétation de volonté et

(1) Guillouard, *Traité des sociétés*, p. 402. V. dans le même sens un arrêt très affirmatif de la Cour de Paris, 5 janvier 1853, S. 1854.2.341.

(2) V. notamment, Lyon-Caen et Renault, t. II, nos 903 et 1026, t. VII, no 179.

(3) Alauzet, I, no 237.

(4) En ce sens : Lyon-Caen et Renault, t. II, p. 348.

(5) Ceci paraît bien être une conséquence nécessaire de l'idée de dissolution *ipso fine*. V. Guillouard, *loco sup. cit.* ; Duranton, XVII, no 445 ; Aubry et Rau, IV, p. 560. V. toutefois en sens contraire, Pardessus, *Dr. comm.*, IV, no 1065 ; Troplong, *Contrat de société*, II, no 906.

n'intéresse en rien l'ordre public. Il est loisible aux parties de restreindre l'importance de l'*intuitus personæ* ; et de même qu'elles peuvent expressément convenir qu'il y aura lieu à continuation de la société avec les héritiers de l'associé décédé, de même elles pourront convenir qu'il y aura lieu à une continuation analogue avec la masse des créanciers de l'associé tombé en faillite.

Elles pourraient également si elles le préfèrent adopter une autre combinaison : convenir que le failli sera par suite de sa faillite exclu de la société, tandis que la société continuera d'ailleurs à fonctionner entre les autres associés restés *in bonis* (1).

21. — Au reste, ce serait peut-être là la meilleure solution à adopter en législation. Nous avons vu que la faillite devait amener la rupture du lien juridique existant entre le failli et les autres associés, mais il n'y a aucune nécessité à ce qu'il en soit de même des liens juridiques unissant les autres associés entre eux ; il est même très fâcheux dans notre système actuel que la faillite de l'un des associés entraîne forcément, s'il n'y a eu aucune convention contraire, la dissolution d'une société qui peut se trouver ainsi anéantie en pleine prospérité.

Dans notre ancien droit, Domat (2) déclarait déjà que les associés pourront *exclure* celui d'entre eux qui est tombé

(1) La validité des clauses dérogeant à l'article 1865 et repoussant la dissolution de plein droit par suite de la faillite de l'un des associés, est admise par tous les auteurs et par la jurisprudence. Voy. notamment, Aubry et Rau, t. IV, § 384, p. 570 ; Pont, *Contrat de société*, nos 729 et 730 ; Laurent, XXVI, no 391 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. II, p. 639, no 2644. V. également Orléans, 29 août 1854, S. 1854.2.341 ; Cassation, 7 décembre 1858, D. 1859.1.135 ; Cassation, 18 janvier 1881, D. 1881.1.244 ; Riom, 21 mai 1884, D. 1885.2.86 ; Cassation, 10 mars 1885, D. 1885.1.441.

(2) Domat, *Lois civiles*, t. I, titre VIII, sect. V, § 12.

dans la *pauvreté*, il n'admettait pas que cette pauvreté pût amener immédiatement la rupture de la société.

22. — Quelques codes étrangers sont entrés dans cette voie. L'ancien Code de commerce allemand portait (art. 128) : « Les co-associés ont le droit de réclamer du Tribunal, en présence de l'un d'entre eux réclamant la dissolution, l'*exclusion* de la société de l'associé pour dettes impayées ; le consentement unanime de tous les co-associés non débiteurs est d'ailleurs requis, sinon la dissolution s'impose. » Il est vrai que cette disposition a été modifiée par le nouveau Code de commerce, qui adopte (art. 131) le système de la dissolution conformément à l'article 728 du nouveau Code civil.

Quant au Code de commerce italien il porte (art. 186) : « *Pourra être exclu* d'une société en nom collectif ou en commandite : 1°..... 3° l'associé responsable sans limite *a*) ... *c*) s'il a été *déclaré en faillite*, s'il a été interdit ou pourvu d'un curateur. » Et l'article 187 ajoute : « L'exclusion d'un associé n'entraîne pas de plein droit la dissolution de la Société. »

L'idée dont procèdent ces dispositions, et à laquelle il est peut-être regrettable que notre législateur ne se soit pas rallié, est en somme la suivante : la faillite d'un associé doit amener l'exclusion de cet associé, mais ne doit amener que cette exclusion ; quant à la dissolution complète elle n'a de raison d'être que si la simple exclusion du failli ne peut être obtenue.

Quoi qu'il en soit, la plupart des législateurs étrangers admettent, soit la dissolution de la société en cas de faillite d'un associé, soit l'exclusion de l'associé failli (1).

(1) V. notamment Code espagnol de 1885, art. 1700 ; Code civil allemand, art. 728 ; Code civil autrichien de 1811, art. 1210.

§ 2. — Mandat. — Commission.

Le mandat et la commission nous fourniront un autre exemple de résiliation de plein droit par suite de la faillite.

1° *Mandat.*

23. — Il faut à propos du mandat introduire une distinction : ou bien c'est le mandataire qui tombe en faillite ou bien c'est le mandant.

A. — *C'est le mandataire qui tombe en faillite.*

24. — On peut reprendre ici tout ce qui a été dit à propos de la société. D'une part le dessaisissement empêche le mandataire de remplir la mission dont il était chargé : les actes accomplis par lui seraient inopposables à la masse de ses créanciers et il ne pourrait plus fournir à son mandant aucune garantie. D'autre part, le mandat reposant essentiellement sur l'*intuitus personæ*, la masse des créanciers représentée par le syndic ne peut prétendre se substituer au mandataire failli. Enfin on peut ajouter que, le mandat étant révocable de sa nature, il était naturel de le considérer comme révoqué de plein droit lorsqu'un événement tel qu'une faillite, vient faire évanouir toute la confiance accordée primitivement au mandataire. C'est là précisément l'idée dont s'est inspiré le législateur de 1804 en écrivant l'article 2003 du Code civil ; les travaux préparatoires en font foi (1).

Sans doute cet article ne parle que de la déconfiture et

(1) V. Fenet, XIV, p. 603.

ne mentionne pas la faillite, mais on ne doit pas hésiter à étendre ses termes. Ce qui est dit de la déconfiture doit s'appliquer *a fortiori* à la faillite, la faillite entraînant un dessaisissement que la déconfiture ne produit pas. Tous les auteurs se prononcent en ce sens (1).

B. — *C'est le mandant qui tombe en faillite.*

25. — Dans ce cas le mandant étant dessaisi, l'administration de ses biens étant désormais confiée à certaines personnes désignées conformément à des règles légales, les mandats que le failli a pu donner en vue de cette administration doivent tomber de plein droit. En cas de déconfiture il n'y avait aucune raison de ce genre à invoquer, c'est pourtant pour la déconfiture que la règle de l'extinction de plein droit posée à l'article 2003 du Code civil a été écrite. On ne doit donc pas hésiter à l'appliquer en cas de faillite (2).

Et si l'on veut connaître les raisons qui ont déterminé le législateur à admettre une extinction de plein droit même en cas de déconfiture soit du mandataire, soit même du mandant, il suffit de lire le rapport du tribun Tarrible (3). « Comment, dit-il, des services qui exigent une certaine responsabilité pourraient-ils continuer d'être acceptés ou rendus, lorsque le désordre des affaires du mandant ou du mandataire a entraîné la subversion générale de leur fortune ? Le commerçant qui a subi de pareils ac-

(1) V. notamment : Aubry et Rau, IV, p. 654 ; Laurent, XXVIII, n° 92 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, VII, n° 180 ; Colmet de Santerre, t. 8, p. 228. V. également : Douai, 20 février 1847, D. 1847.2.93 ; Cassation, 24 août 1847, D. 1847.1.329 ; Amiens, 21 mars 1891, D. 1892.2.305 (avec une note de M. Pic).

(2) V. les auteurs cités à la note précédente.

(3) Fenet, XIV, p. 603.

cidents n'a plus d'affaires à gérer : tout ce qu'il possède a passé dans les mains de ses créanciers. Le mandataire qui est dans le même cas ne mérite plus aucune confiance, et tous les liens qui les unissent l'un l'autre sont nécessairement rompus. »

Ainsi donc que ce soit le mandant ou le mandataire qui tombe en faillite, le mandat est résilié de plein droit ; à défaut d'autres arguments on en trouverait la preuve dans l'article 2003 lui-même, qui place la déconfiture sur la même ligne que la révocation expresse ou la mort de l'une des parties, circonstances qui amènent certainement une résiliation de plein droit.

On doit conclure de là que cette résiliation pourra être invoquée par le failli ou du moins par la masse de ses créanciers, aussi bien que par le co-contractant ; on doit en conclure également que cette résiliation se produira même dans le cas où le mandat avait été donné par le commerçant tombé depuis en faillite non pas dans son intérêt propre, mais dans l'intérêt du mandataire (1).

26. — La jurisprudence fait une application intéressante de cette résiliation de plein droit en matière d'endossement des lettres de change. On sait que, d'après la doctrine courante, l'acquéreur légitime d'une lettre de change, qui régularise l'endossement *en blanc* fait à son profit, agit en vertu d'une espèce de mandat que lui a donné l'endosseur. De cette idée de mandat la jurisprudence a déduit que l'endossement ne pouvait plus être rempli après la faillite de l'endosseur (2).

27. — Notons toutefois que cette résiliation de plein droit ne doit pas être une cause de préjudice pour les tiers

(1) Douai, 20 février 1847, D. 1848.2.93.
(2) V. D. *Rép. sup.*, V° *Effets de commerce*, n°s 195 et 198.

de bonne foi ; ceux-ci sont protégés par l'article 2009 du Code civil ; mais si les tiers ont eu connaissance de la faillite, ils ne peuvent plus se prévaloir de l'existence du mandat ; ainsi, par exemple, les paiements qu'ils continueraient à faire entre les mains du mandataire ne seraient plus libératoires (1).

28. — Tout ce que nous venons de dire s'applique aussi bien en matière de liquidation judiciaire qu'en matière de faillite (2). Toutefois des doutes peuvent s'élever, en particulier lorsque c'est le mandant qui est mis en liquidation judiciaire. En effet, lorsque c'est la procédure de la faillite qui est suivie contre le mandant, le dessaisissement qui en résulte entraîne, tout naturellement, l'extinction des divers mandats qu'il a pu donner naguère, en vue d'une administration qui maintenant lui échappe ; mais la liquidation judiciaire ne produit pas de dessaisissement, pourquoi dès lors amènerait-elle la révocation du mandat ?

29. — C'est ce qu'expose M. Pic dans une note au Dalloz sous l'arrêt d'Amiens du 21 mars 1891 (3). Suivant lui, certaines distinctions devraient être faites, il n'admet pas que tous les contrats reposant sur l'*intuitus personæ* doivent être résiliés de plein droit par suite de la liquidation judiciaire ; pour les contrats étroitement liés à l'exploitation du commerce exercé par le liquidé tout doit dépendre de la solution à intervenir sur la continuation de cette exploitation.

Si le liquidé est autorisé à continuer l'exploitation de son commerce avec l'assistance des liquidateurs conformément à l'article 6 de la *loi du 4 mars* 1889, il ne doit y

(1) Bordeaux, 18 juillet 1832, D. 1833.2.56.
(2) Amiens, 21 mai 1891, D. 1892.3.302.
(3) D. 1892.2.305.

avoir aucune résiliation *ipso jure* des différents contrats relatifs à cette exploitation, et en particulier les mandats qui la concernent doivent être maintenus.

Cette solution apparaît peut-être comme assez rationnelle, mais elle se comprendrait aussi bien dans l'hypothèse d'une faillite ; or, en matière de faillite, la résiliation du mandat par suite de la faillite du mandant ne peut faire aucun doute, et cette résiliation n'est nullement subordonnée à la détermination, qui sera prise plus tard relativement à la continuation de l'exploitation. Il n'y a donc pas lieu de reconnaître à cet égard une différence quelconque entre la faillite et la liquidation judiciaire. Il est bien vrai que la liquidation judiciaire n'entraîne pas de dessaisissement, mais elle ne laisse pas pour cela beaucoup plus de liberté au liquidé, et en tout cas la déconfiture non plus n'entraîne aucun dessaisissement et pourtant la déconfiture du mandant produit l'extinction *ipso jure* du mandat : l'article 2003 est formel sur ce point. Ajoutons d'ailleurs qu'il ne serait pas sans inconvénient pratique de tenir en suspens le sort du contrat, jusqu'à ce qu'une détermination ait été prise relativement à la continuation du commerce.

La liquidation judiciaire a donc en ce qui touche le mandat les mêmes conséquences que la faillite.

2° *Commission.*

30. — Tout ce qui vient d'être dit relativement au mandat s'applique sans aucune modification au contrat de commission. C'est qu'en effet la commission n'est pas autre chose qu'un mandat dans lequel l'opération est commerciale et où le mandataire est commerçant (1).

(1) V. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. III, p. 301 et 303 et les auteurs cités.

Si l'on admet cette manière de voir, qui est maintenant celle de la majorité des auteurs, on doit en déduire sans difficulté que le contrat de commission est résilié de plein droit par la faillite ou la liquidation judiciaire, soit du commettant soit du commissionnaire (1).

31. — Mais il n'est pas toujours facile de savoir en pratique si l'on se trouve en présence d'un contrat de commission résilié de plein droit, ou en présence d'un louage de services, pour lequel, comme nous le verrons plus tard, cette résiliation de plein droit n'a point lieu (2). La difficulté se rencontre surtout lorsqu'on envisage les rapports *de préposant à préposé*.

Le commerçant a souvent sous ses ordres des employés qui sont ses auxiliaires, parmi eux se trouvent des individus qu'on désigne sous le nom *de préposés*, ce sont, par exemple, des commis chargés de la vente, des commis-voyageurs, etc... ; ces individus ont pour mission de faire pour le patron des opérations juridiques. Il n'est pas toujours facile de distinguer ces préposés des commissionnaires. Pour MM. Lyon-Caen et Renault (3), « tandis que le commissionnaire agit pour le compte de telles personnes dont il lui convient d'accepter les ordres, le préposé engage au contraire ses services à une ou plusieurs personnes à l'exclusion des autres. En outre le préposé est d'ordinaire chargé d'une certaine catégorie d'actes (ventes ou contrats par exemple), tandis que dans la Commission les opérations à accomplir sont individuellement déterminées (vente ou achat de telle quantité de marchandises, assurance de tel navire, etc.) ».

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. III, p. 373.
(2) V. *infrà*, n° 186.
(3) Lyon-Caen et Renault, t. III, p. 304.

Ceci posé il s'agit de savoir si le lien juridique unissant le préposant au préposé sera rompu de plein droit par suite de la faillite de l'une des parties. Tout revient en somme à se demander si le contrat en question doit suivre les règles du mandat, ou les règles du louage de services. C'est là une question qui ne comporte pas de réponse absolue (1). En effet, le préposé est souvent chargé de faire des opérations multiples et de nature très différentes, il doit, à côté de certains actes commerciaux, accomplir des prestations dépourvues de caractère juridique, si bien que c'est seulement en s'inspirant des circonstances, en recourant autant que possible aux usages du commerce, qu'on pourra dans chaque cas particulier déterminer si le contrat participe plutôt du mandat que du louage de services, ou à l'inverse plutôt du louage de services que du mandat. C'est ainsi que le facteur, le fondé de pouvoirs, apparaissent comme des mandataires, tandis que les simples commis sont plutôt des individus liés à un patron par un louage de services. Pour le facteur et le fondé de pouvoirs il y aura donc résiliation de plein droit par suite de la faillite, tandis qu'il en sera tout autrement pour le simple commis (2).

Nous en aurons fini avec le mandat et la commission, quand nous aurons indiqué que nos solutions françaises, tout au moins celles relatives à la faillite du mandataire, sont également admises par la plupart des législations étrangères (3). Il faut toutefois noter, que dans certaines

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. III, p. 379.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. III, p. 392, n° 540 ; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, V° *Commissionnaire*, n° 7 ; D. *Rép. supp.*, V° *Faillites et liquidations judiciaires*, n° 431.

(3) Voir notamment : Code civil allemand, art. 673 ; Code civil italien, art. 1757 ; Code civil espagnol, art. 1732 ; Code de commerce espagnol,

de ces législations, la faillite du mandant n'entraîne pas *ipso jure* l'extinction du mandat (1).

§ 3. — Ouverture de crédit. — Compte courant.

1° *Ouverture de crédit.*

32. — D'après la définition qu'en donnent MM. Lyon-Caen et Renault, l'ouverture de crédit « n'est pas autre chose qu'une promesse de prêt pour laquelle une personne (le créditeur) s'oblige à tenir à la disposition d'une autre une certaine somme » (2). L'ouverture de crédit peut d'ailleurs être faite en marchandises aussi bien qu'en argent. Un commerçant en gros, par exemple, afin d'étendre ses affaires, favorise souvent l'établissement de certains commerçants en détail, en qui il a particulièrement confiance, il s'engage alors à tenir à leur disposition une certaine quantité de marchandises, il leur ouvre un crédit.

Dans ces conditions, supposons que le crédité tombe en faillite, la masse pourra-t-elle se prévaloir de l'ouverture de crédit ? pourra-t-elle, afin de continuer l'exploitation, exiger les sommes ou les marchandises qui ont été promises naguère au commerçant tombé depuis en faillite ou mis en liquidation judiciaire.

Nous ne possédons aucun texte sur la question, nos Co-

art. 280 ; Code de commerce de Portugal, art. 246 ; Code de commerce chilien, art. 240 ; Code civil autrichien, art. 1024.

(1) Voir notamment : Code civil allemand, art. 672 ; Code de commerce hongrois, art. 51 ; Code de commerce portugais, art. 261 ; Code fédéral des obligations, art. 403.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. IV, n° 684. Voir sur l'ouverture de crédit une monographie de M. Maurice Falloise, *Traité de l'ouverture de crédit*.

des ne contenant d'ailleurs aucune disposition relative à l'ouverture de crédit. On s'accorde néanmoins à reconnaître que l'ouverture de crédit est résiliée de plein droit par la faillite du crédité et comme les usages du commerce sont conformes à cette solution, c'est incontestablement à une résiliation de plein droit qu'il convient de s'arrêter.

33. — Toutefois cette solution, qu'il ne peut être question de critiquer et dont les avantages pratiques sont certains, ne se justifie pas, au moyen des principes généraux, aussi facilement qu'on serait tout d'abord tenté de le croire. Sans doute, dans l'ouverture de crédit, la considération de la personne du crédité a une très grande importance, mais tandis que, dans le mandat et dans la société (pour lesquels d'ailleurs on a des textes formels), cette considération de la personne empêche forcément le contrat de survivre à la faillite, il n'en est peut-être plus de même ici. En effet, le mandat, la société, imposaient au commerçant tombé depuis en faillite des obligations qui lui sont purement personnelles, qui ne peuvent être remplies que par lui seul, la faillite, en rendant impossible l'exécution de ces obligations, doit entraîner la résiliation immédiate du contrat. Dans l'ouverture de crédit, il n'en est pas ainsi. La seule obligation imposée au crédité est une obligation de rendre, c'est donc une obligation qui n'intéresse que son patrimoine, qui n'implique de sa part aucune intervention personnelle, une obligation qui peut être remplie par la masse de ses créanciers aussi bien que par lui-même.

C'est pourquoi, si l'on comprend à merveille que le créditeur puisse, comme un vendeur à livrer par exemple, *demander en justice la résiliation du contrat*, dans le cas où la masse ne prend pas à sa charge les obligations du

failli, on peut trouver moins évident que le contrat doive être résilié de plein droit, sans qu'il soit permis à la masse de s'y opposer.

La vérité est qu'on ne pourrait guère autoriser la masse à se prévaloir du contrat sans porter une très grave atteinte à la volonté certaine du co-contractant. Celui-ci, en consentant une ouverture de crédit, a compté principalement sur la valeur professionnelle du crédité, auquel, semblait-il, il ne manquait pour réussir, que d'avoir des capitaux à sa disposition ; après la survenance de la faillite, la masse pourra peut-être offrir des garanties de restitution, mais ces garanties ne pourront jamais suppléer à celles que le créditeur avait cru pouvoir trouver dans les qualités personnelles du crédité. Aussi le contrat sera-t-il résolu de plein droit ; cette confiance que le créditeur avait eu le tort d'accorder au crédité, il ne peut être obligé maintenant de la reporter sur la masse.

Il est vrai, comme nous le verrons plus tard, que dans la vente, dans le louage et dans tous les contrats que nous étudierons dans notre troisième partie, la résiliation n'a pas lieu de plein droit, elle ne peut résulter que d'une décision judiciaire et pour le cas seulement où la masse n'exécute pas intégralement, ou ne donne pas de garanties suffisantes d'exécution intégrale, mais c'est que la situation n'est pas absolument la même que dans l'ouverture de crédit.

Dans tous ces contrats, en effet, comme le co-contractant n'a guère eu en vue que le patrimoine de celui avec qui il a traité, la masse qui prend en main ce patrimoine pourra souvent se substituer au failli, continuer le contrat à sa place, sans que le co-contractant puisse s'en plaindre ; c'est ce qui arrive notamment en cas de bail, lorsque la

masse laisse les lieux garnis d'un mobilier suffisant, ou en cas de marchés à livrer lorsque la masse, en exigeant la livraison, consent par exemple à consigner le prix des marchandises achetées. Dans l'ouverture de crédit, au contraire, le créditeur serait toujours en droit de se plaindre d'une semblable substitution ; c'est au failli qu'il avait accordé sa confiance et non pas à la masse, la masse doit demeurer sans droit vis-à-vis de lui. L'ouverture de crédit est une promesse de prêt, et il est légitime d'admettre que, dans la pensée des contractants une semblable promesse soit toujours affectée de la condition résolutoire : si le crédité reste solvable ; lorsqu'un événement tel qu'une faillite vient rendre extrêmement probable l'insolvabilité du crédité, le promettant doit avoir le droit de révoquer sa promesse ; c'est la solution que les usages ont fait prévaloir dans notre droit et qui est expressément consacrée par le législateur allemand.

34. — L'article 610 du nouveau Code civil allemand porte en effet : « Celui qui a promis de faire un prêt, en cas de doute peut révoquer sa promesse, lorsque la situation de fortune de l'autre partie subit une altération essentielle qui met en péril le droit à la restitution. »

2° *Compte courant.*

35. — L'ouverture de crédit nous amène tout naturellement à parler du compte courant, car on n'ouvre guère de crédit qu'à des personnes avec qui on est en compte courant.

Le compte courant est encore un contrat sur lequel nos codes sont complètement muets. C'est un contrat qui est uniquement régi par les usages et par les principes que la jurisprudence a dégagés.

Deux personnes sont en relation d'affaires, elles s'envoient réciproquement des valeurs, par exemple des marchandises, des traites à encaisser, etc., et elles conviennent que toutes ces opérations au lieu de garder leur individualité seront rassemblées en une même masse, figureront dans un compte d'ensemble par mention de *doit* et *avoir*, ce compte devant d'ailleurs être soldé à une certaine époque, et constituant les deux correspondants créanciers ou débiteurs uniquement du solde obtenu. Entre ces deux correspondants il existe dès lors un compte courant.

Quel sera l'effet de la faillite sur ce compte courant ?

Il est unanimement admis que le compte courant est résilié de plein droit par la faillite (1).

La résiliation de plein droit du mandat et de la société fournit de très forts arguments d'analogie : le compte courant, tout en étant un contrat *sui generis*, n'est pas en effet sans avoir une certaine parenté avec ces deux contrats. On peut d'ailleurs, à propos du compte courant, reproduire tout ce qui vient d'être dit relativement à l'ouverture de crédit : c'est un contrat qui exige, pour se perpétuer, le maintien de la même confiance qu'à l'origine, il ne doit pas pouvoir survivre à un événement qui fait forcément disparaître cette confiance.

36. — Les codes étrangers qui s'occupent du compte courant d'une façon spéciale décident généralement que ce contrat prend fin de plein droit par la faillite de l'une des parties. C'est ce qui se rencontre notamment à l'article 348 du Code de commerce italien, à l'article 373 du

(1) Voir notamment : Cass., 13 mai 1835, S. 35.1.707 ; 20 juillet 1846, S. 1846.1.875 ; 18 janvier 1887, D. 1887.1.278 ; Poitiers, 7 novembre 1898, *Gaz. Pal.*, 1898.2.592.

Code roumain, à l'article 349 du Code portugais, à l'article 611 du Code chilien, à l'article 782 du Code argentin.

Appendice.

Prêt à intérêt. — Rente constituée. — Rente viagère.

37. — Nous devons, à la fin de cette partie, traiter de certains contrats pour lesquels la faillite produit encore une brusque rupture du lien juridique. Ce sont les contrats, dans lesquels l'obligation du failli consistait à verser des intérêts ou des arrérages.

Si la masse ne peut continuer les contrats en question, ce n'est pas parce que ces contrats reposent sur l'*intuitus personæ*, parce que les obligations qu'ils mettent à la charge du failli doivent lui rester toujours purement personnelles ; dans un prêt à intérêt, par exemple, il importe peu au prêteur que le service des intérêts soit fait par l'emprunteur lui-même, ou par la masse de créanciers ; ici l'arrêt brusque dans le cours du contrat procède de causes différentes.

Si la masse ne peut continuer les contrats qui nous occupent maintenant c'est parce qu'il lui serait forcément nuisible de le faire ; parce que le syndic, auquel il appartiendrait de prendre un semblable parti, ne pourrait s'y arrêter qu'en trahissant les intérêts qu'il était chargé de défendre. Le législateur devait donc interdire au syndic de continuer les contrats en question et c'est ce qui résulte de l'article 445 du Code de commerce, dont les dispositions sont certainement d'ordre public.

Prenons par exemple le prêt à intérêt (1). Il était im-

(1) Il semble que, dans ce cas, la rupture *ipso jure* du contrat doive provenir immédiatement de la déchéance du terme, mais suivant nous la

possible, disons-nous, d'autoriser le syndic à continuer au nom de la masse un semblable contrat. Par suite de la faillite, le prêteur qui n'est que créancier, qui ne jouit d'aucune garantie spéciale n'a plus droit qu'à une part dans l'actif, tous ses droits antérieurs se sont résolus en un droit à un dividende et il n'a aucun moyen d'échapper à cette situation. Dès lors quel intérêt la masse pourrait-elle avoir à ce que le contrat ne fût pas rompu ? On comprend à merveille, qu'en présence d'un vendeur, qui n'a pas livré encore et qui lui oppose son droit de rétention, elle puisse, comme nous le verrons plus tard, exiger l'exécution d'un marché qui doit lui être avantageux ; par là elle étend son droit de gage sur des biens qui auraient pu lui échapper. Mais, dans le cas qui nous occupe, il en est tout autrement, la rupture immédiate du contrat ne peut faire sortir aucun bien du patrimoine du failli.

Il est bien vrai que la masse pour conserver la jouissance des capitaux prêtés pourrait songer à entretenir le contrat ; c'est ainsi qu'en cas de bail la masse, pour conserver la jouissance de la chose louée, peut prendre le bail à sa charge. Mais il n'y a en ce qui concerne notre question actuelle, aucun rapport à établir entre le bail et le prêt à intérêt ; en effet, tandis que dans le bail le bailleur est resté propriétaire de la chose louée et doit, de toutes façons, la reprendre en nature, le prêteur, dans le prêt à intérêt, n'est que créancier et n'a droit pour son capital qu'à un dividende. Pour continuer le contrat, la masse devrait non seulement payer les intérêts, prix de la jouissance

déchéance du terme n'a lieu qu'au profit des créanciers qui produisent au passif chirographaire. Lorsque la masse prend un contrat à sa charge le co-contractant ne peut invoquer contre elle le principe de la déchéance du terme. Il y a donc lieu, malgré tout, de montrer ici que la masse ne pouvait continuer le contrat.

qu'elle entend garder, mais encore rendre dans son intégrité la somme prêtée ; or, c'est là ce qui est inadmissible, c'est là ce que la masse ne peut jamais avoir intérêt à faire. Il n'y a donc pas à parler ici de continuation par la masse du contrat en cours et c'est à une rupture de plein droit que nous sommes conduits (1).

Le législateur, en édictant à l'article 445 du Code de commerce, la cessation du cours des intérêts a très certainement consacré cette solution. Cette rupture donne au prêteur le droit de réclamer immédiatement son capital et décharge l'emprunteur de l'obligation de payer les intérêts.

38.— Voyons maintenant quelles vont être les conséquences de cette rupture.

On pourrait croire que les principes de déchéance du terme et de cessation du cours des intérêts des articles 444 et 445, principes auxquels, nous venons de le voir, la masse ne peut déroger, doivent suffire à nous donner immédia-

(1) Le même raisonnement doit s'appliquer à tous les autres cas de *prêt de consommation*. Pour garder la jouissance des choses prêtées la masse devrait prendre le contrat à sa charge, par suite s'engager à rendre intégralement la valeur de ce qui a été prêté. Ce serait là un échec trop grave fait à la loi du concours et que l'intérêt de la masse ne saurait justifier. Une pareille combinaison ne pourrait jamais provenir que d'une collusion coupable entre le syndic et le prêteur.

Dans le cas de *prêt à usage*, au contraire, nous croyons qu'il n'y aura pas lieu de parler de déchéance du terme (V. *infrà*, n° 73), la masse pourra garder la chose prêtée, le cheval par exemple employé chez le failli à faire les camionnages. Le prêteur ne pourra que faire reconnaître, par la masse son droit de propriété et empêcher la vente par le syndic de ce qui lui appartient. Il a sans contredit le droit de revendication, mais nous serions assez porté à admettre que tant que le terme ne sera pas échu il ne pourra pas l'invoquer.

Ce sont là d'ailleurs des hypothèses peu pratiques, il est certain qu'en fait il intervient toujours à cet égard des arrangements amiables entre le syndic et la contre-partie du failli.

tement la solution du problème ; cela est parfaitement vrai dans le cas d'un prêt à intérêt ordinaire ; les intérêts cessent de courir contre la masse pendant la durée des opérations de la faillite et le prêteur produit au passif pour le montant du capital prêté.

Mais les difficultés surgissent (et il est alors particulièrement exact de recourir à l'idée de résiliation du contrat), lorsque le capital prêté devait, d'après le contrat, être remboursé avec primes, ou encore lorsque ce capital ne devait jamais être remboursé, ce qui a lieu en cas de rente constituée et de rente viagère.

39. — Nous allons étudier successivement dans trois paragraphes les obligations remboursées avec primes, les rentes constituées et les rentes viagères ; et dans un paragraphe suivant nous ferons quelques remarques relativement à certains contrats, qu'on pourrait être tenté de considérer comme résolus de plein droit par la faillite, et pour l'étude desquels nous renverrons à d'autres parties de ce travail.

§ 1er. — Obligations remboursables avec primes (1).

40. — Nous supposons qu'une société, qui a émis des

(1) Il ne faut pas confondre avec ces obligations les obligations à lots. La prime est un avantage attribué à tous les obligataires, l'époque du remboursement étant seule soumise à un aléa.

Le lot au contraire est un avantage dont jouiront seulement certains obligataires désignés par le sort.

Nous ne nous occuperons dans ce qui va suivre que des obligations à prime et ce n'est qu'incidemment que nous aurons à parler des obligations à lots. La faillite d'un émetteur de semblables obligations est en effet une hypothèse assez peu pratique. De telles émissions ne peuvent être faites qu'en vertu d'une loi et généralement ces lois n'interviennent qu'en faveur de personnes morales publiques, en faveur de certaines villes par exemple. Lorsqu'il en est autrement la loi autorisant l'émission ne man-

obligations remboursables à un taux supérieur au taux d'émission, vient à tomber en faillite (1).

L'obligataire avait versé à la Compagnie une certaine somme,300 francs par exemple, et la compagnie s'était engagée à lui rembourser, en outre des 300 francs en question, une certaine prime de 200 francs par exemple, et cela à une époque qui devait être déterminée par voie de tirage au sort dans les limites d'un délai fixé par la conven-

que pas de prendre des précautions spéciales (Voir loi du 8 juin 1888 et loi du 15 juillet 1889 sur la compagnie du canal de Panama).

(1) Les obligations à primes donnent lieu à une controverse célèbre, sur laquelle il pourrait être nécessaire de prendre parti au début de ce paragraphe. On s'est demandé si l'émission de semblables obligations n'était pas illicite, si elle ne tombait pas sous le coup de la loi du 21 mai 1836 prohibant les loteries de toute espèce et « généralement toutes opérations offertes au public pour faire naître l'espérance d'un gain qui serait acquis par la voie du sort ».

D'après MM. Lyon-Caen et Renault (*Traité*, t. II, n° 575, *Précis*, n° 378), l'émission des obligations à lots est seule contraire à la loi de 1836, pour les obligations à primes, l'égalité des primes suffit à faire écarter l'idée de loterie. « Dans une loterie, disent-ils, les uns perdent intégralement leur mise tandis que les autres réalisent un gain. Ici tous les obligataires recouvrent leurs capitaux et reçoivent de plus une prime de remboursement, le sort fixe seulement la date à laquelle la prime doit être payée à chacun... Il y a bien là, si l'on veut, une opération aléatoire, il n'y a ni une loterie, ni les inconvénients qu'entraîne l'émission de billets de loterie. » D'après l'opinion que ces auteurs expriment dans leur traité il n'y aurait même pas lieu de prendre en considération les intérêts versés ; l'absence d'intérêts ne pourrait donner à l'émission d'obligations à primes le caractère de loterie, tandis que l'émission d'obligations à lots serait toujours prohibée quelque élevé que puisse être le taux des intérêts servis.

C'est à cette doctrine que nous nous rallions tout en reconnaissant que les termes très généraux de la loi de 1836 pourraient permettre certaines objections.

Nous admettons donc la légalité de l'opération en question, mais quand bien même on se refuserait à adopter cette manière de voir, il n'en faudrait pas moins rechercher la solution du problème posé au texte, car le droit d'émettre de semblables obligations est parfois reconnu par des lois spéciales à certaines sociétés (crédit foncier, compagnies de chemins de fer par exemple, etc.) qui peuvent n'être point toujours à l'abri de la faillite.

tion, il a été stipulé par exemple que toutes les obligations seraient remboursées en 90 ans.

Dans ces conditions la société émettrice venant à tomber en faillite, et le contrat (cela ne peut faire aucun doute) étant par là même brusquement rompu (1), quels vont être les droits des obligataires ? pour quelle somme devront-ils être admis au passif chirographaire ? Il va de soi que, si l'obligation est déjà sortie au moment de la faillite, l'obligataire qui, a dès lors un droit acquis au montant de la prime, peut produire non seulement pour la somme par lui versée, mais encore pour la prime ; dans notre exemple il produira donc pour 500 francs.

Mais supposons que l'obligation ne soit pas encore sortie, comment déterminer dans ce cas les droits des obligataires?

41. — Pour résoudre ce problème il importe de bien dégager tout d'abord le mécanisme de l'opération. La compagnie, au lieu de verser intégralement aux obligataires les intérêts qu'elle entend supporter, n'en verse qu'une partie soit 4 0/0 et elle retient une certaine portion de ces intérêts soit 1 0/0. Ce sont ces différentes retenues prélevées sur les intérêts à accorder aux obligataires, qui lui permettent une capitalisation en vue du service des primes de remboursement.

42. — Dans ces conditions la faillite, en amenant la rupture du contrat avec chaque obligataire, arrête brusquement la capitalisation, aussi est-il impossible de recon-

(1) Une loi particulière relative uniquement à la Compagnie du Panama (loi du 15 juillet 1889) a empêché, en ce qui concerne cette compagnie, la rupture d'un contrat du genre qui nous occupe.

Cette loi a autorisé les liquidateurs à continuer les opérations de capitalisation et a pris toutes mesures pour garantir aux obligataires le paiement des lots.

naître à ces obligataires le droit de produire au passif pour le montant intégral de la prime de remboursement.

Cette solution, à laquelle on pourrait être conduit par l'application brutale du principe de la déchéance du terme, est tout à fait inadmissible (1), ici, comme dans les assurances sur la vie que nous étudierons plus tard, le terme n'est pas simplement suspensif, il constitue l'un des éléments de formation de primes; lorsque le contrat est rompu avant l'échéance de ce terme, l'obligataire ne saurait produire pour une prime dont la constitution, qui devait être progressive, n'est pas encore achevée. On peut dire si l'on veut que la prime n'est autre chose qu'un supplément de rémunération du prêt, que la réclamer intégralement pendant le cours du contrat serait réclamer une partie des intérêts à venir, ce qui est manifestement contraire à tous les principes. Le prêteur, en reprenant à son emprunteur la jouissance du capital prêté, garde bien les intérêts déjà touchés comme prix de la jouissance antérieure, mais il ne peut prétendre à aucune portion des intérêts à venir.

43. — A l'inverse, il est impossible de ne reconnaître aux obligataires d'autre droit que celui de produire pour le capital par eux versé, soit dans notre exemple pour 300 francs. C'est qu'en effet il ne s'agit pas ici d'un contrat résolu rétroactivement, considéré comme n'ayant jamais existé ; l'obligataire n'a pas à recourir dans notre hypothèse à une *condictio causa data causa non secuta* ; en réalité le contrat a fonctionné pendant un certain temps et s'il est brusquement rompu, s'il ne peut plus produire effet dans l'avenir, il n'est pas sans avoir produit dans le passé des résultats irrévocables.

(1) Voir pourtant un jugement de Boulogne-sur-Seine, *J. des Trib. de com.*, 1875, n° 9298 qui admet cette solution. Comp. égalem. Lyon, 8 août 1873, S. 1874.2.105.

44. — Ce qu'il faut, étant donné cet arrêt brusque dans le cours des effets du contrat, c'est déterminer les effets déjà produits au jour de cet arrêt, c'est fixer comme on dit parfois *la valeur du contrat à cette époque.*

45. — Voici, d'après le système auquel nous nous rallions (1), la méthode qu'il convient d'employer.

Tout revient en somme à déterminer le montant des retenues opérées par la compagnie en vue de ses opérations de capitalisation. Il est bien certain en effet que ce montant des retenues une fois connu, les droits des obligataires se trouvent fixés par là même : ces obligataires pourront produire d'abord pour le capital qu'ils ont versé (dans notre exemple pour 300 fr.) et en second lieu pour les retenues qu'ils ont subies pendant toute la durée du contrat.

Il faut donc arriver à l'évaluation en question.

46. — Il n'y aura pas de trop grandes difficultés, si l'on sait, grâce à certaines circonstances, par exemple grâce aux statuts de la société, à quel taux celle-ci a entendu faire son emprunt. Dans ce cas la différence existant entre d'une part les intérêts versés annuellement et d'autre part la somme, à laquelle ces intérêts se seraient élevés d'après le taux d'emprunt, donnera immédiatement pour chaque année le montant de la retenue. On n'aura plus dès lors qu'à additionner toutes ces retenues annuelles pour obtenir le montant total des retenues c'est-à-dire la somme pour laquelle l'obligataire est appelé à produire.

Il est vrai toutefois que ce mode de computation n'est pas sans soulever certaines objections. On peut prétendre en effet que la retenue totale n'est pas formée seulement

(1) Voir une note de M. Levillain au Dalloz sous un arrêt de la Cour de Paris du 28 janvier 1879, D. P. 1880.2.25).

de la somme des retenues annuelles, mais qu'il y a lieu pour la calculer de tenir compte en outre des intérêts composés produits par ces retenues et capitalisés tous les ans.

Nous ne croyons pas qu'il faille adopter cette manière de voir (1).

Tout d'abord elle est peut-être contraire aux dispositions de notre Code civil prohibant l'anatocisme ; il est très douteux en effet qu'on puisse valablement stipuler, au moment même où l'on consent un prêt, que les intérêts produiront eux-mêmes des intérêts au fur et à mesure de leur échéance (2).

Et de plus, comme il s'agit ici d'évaluer les droits de l'obligataire, il y a lieu de prendre en considération non pas ce dont la compagnie a pu profiter, mais bien plutôt ce dont l'obligataire a été privé. Or il est bien certain que cet obligataire n'aurait pu, si les sommes minimes qui lui ont été retenues chaque année lui avaient été effectivement versées, s'en servir utilement pour des opérations de capitalisation ; de semblables opérations ne sont possibles que pour des compagnies puissantes faisant affaires avec un grand nombre d'individus.

47. — Nous venons de voir comment on peut évaluer le montant de la retenue totale, lorsque certaines circonstances de la cause permettent de savoir à quel taux l'emprunt a été contracté. Mais c'est là le cas le moins fréquent, ordinairement ce taux est inconnu ; il nous reste

(1) Cette solution a été consacrée par plusieurs décisions judiciaires, voir notamment : Paris, 28 janvier 1879, D. 1880. 2.25 ; dans cet arrêt il est tenu compte en outre, mais toujours à tort suivant nous, d'un autre élément dont nous reparlerons un peu plus loin. Voir *infrà*, n° 48, § 2.

(2) Voir sur cette question Aubry et Rau, t. IV, § 308-5° ; Demolombe, t. I, n°s 655 et 656.

à indiquer maintenant comment on peut dans de telles conditions arriver encore à déterminer le montant des retenues opérées par la compagnie.

Ce qui est aléatoire dans l'opération ce n'est pas le paiement d'une prime, puisque tous les obligataires doivent en toucher une ; ce n'est pas davantage le montant de cette prime, puisque celle-ci doit être la même pour tous ; ce qui dépend du sort c'est uniquement l'époque à laquelle s'ouvrira pour chaque obligataire le droit à la prime ; et l'espoir de toucher cette prime à brève échéance constitue le principal attrait de la combinaison.

Il est bien évident que ceux qui sont remboursés dans les premiers tirages réalisent un bénéfice ; il leur est versé une somme plus forte que ne le comportait la capitalisation des retenues opérées sur eux ; ce bénéfice accordé aux premiers remboursés, la compagnie doit forcément le prélever sur les autres. Les derniers remboursés doivent donc subir une perte, en ce sens tout au moins qu'ils ne toucheront qu'une somme inférieure au produit de la capitalisation des retenues subies par eux.

Or il doit y avoir équivalence entre les gains des obligataires favorisés et les pertes des autres ; dès lors, si l'on prend l'époque à laquelle moitié des obligations seront déjà remboursées, on peut admettre qu'on obtient ainsi le temps durant lequel il est nécessaire de capitaliser la retenue annuelle pour parfaire exactement la quotité de la prime (1).

Ce *temps moyen* étant ainsi déterminé, on peut désor-

(1) D'ailleurs il y a lieu de remarquer que, le nombre des obligataires remboursés chaque année augmentant généralement à mesure qu'on se rapproche de l'époque finale de l'amortissement, *le temps moyen* ne correspond pas d'ordinaire, comme on pourrait le croire au premier abord, à la moitié du laps de temps fixé pour le remboursement.

mais calculer les retenues qu'il y a lieu d'opérer chaque année pendant ce laps de temps pour atteindre le montant de la prime fixée (1).

(1) Ce calcul sera des plus simples si l'on ne veut point s'attacher à tenir compte des intérêts composés produits par les retenues annuelles et capitalisés tous les ans. On n'aura dans ces conditions qu'à diviser le montant de la prime par le nombre d'années du temps moyen. Mais une semblable méthode ne semble pas satisfaisante ; elle conduirait à donner aux retenues une quotité beaucoup trop grande. Il est évident en effet que la Compagnie fait fructifier les retenues qu'elle opère et par suite, pour arriver à parfaire le montant de la prime, elle n'a pas à faire des prélèvements aussi considérables que ceux qui seraient donnés par le calcul précédent.

Il faut donc tenir compte des intérêts produits par les retenues annuelles et des intérêts composés, produits ensuite par ces intérêts en les supposant capitalisés chaque année.

Mais une difficulté se présente immédiatement : à quel taux devra-t-on calculer les intérêts en question. Ce qui paraît le plus logique c'est évidemment de prendre pour taux celui auquel la compagnie a effectivement emprunté et qui fixerait les intérêts à verser par elle si elle n'opérait aucune retenue.

Or ce taux précisément nous est inconnu. Cela complique quelque peu le problème, mais ne le rend pas pour cela mathématiquement impossible.

En effet soit x le montant de la retenue opérée annuellement sur les intérêts versés à l'obligataire, y le taux inconnu auquel l'emprunt a été fait et t le taux connu de l'intérêt servi chaque année, n le nombre d'années du temps moyen, P, le montant de la prime, A, la somme prêtée par l'obligataire (les 300 francs de notre exemple numérique précédent) ; on aura immédiatement une première équation en exprimant que l'intérêt au taux inconnu y de l'emprunt, est égal à l'intérêt servi plus la retenue.

$$(I) \qquad \frac{A\,y}{100} = \frac{A\,x}{100} + x$$

Quant à la 2e équation nous l'obtiendrons en exprimant que la prime P est égale aux retenues opérées pendant le temps moyen et augmentées de leurs intérêts composés au taux y.

Pour la 1re année la retenue est :

$x \ldots$ $\qquad\qquad$ $x \ldots$

Pour la 2e année la retenue est :

$$x + \frac{x\,y}{100} \qquad \text{ou} \qquad x\left(1 + \frac{y}{100}\right)$$

Pour la 3e année la retenue est :

$$x\left(1 + \frac{y}{100}\right) + x\left(1 + \frac{y}{100}\right)\frac{y}{100} = x\left(1 + \frac{y}{100}\right)^2$$

Une fois la retenue annuelle connue on retombe dans l'hypothèse précédemment envisagée, on doit appliquer les mêmes principes, opérer les mêmes calculs et notamment, d'après nous, faire abstraction des intérêts composés et se contenter d'additionner simplement les retenues annuelles (1).

Tel est, dans ses grandes lignes, le système auquel nous nous rallions pour la fixation des droits des obligataires.

Pour la 4e année la retenue est :

$$x\left(1+\frac{y}{100}\right)^3$$

Pour la ne année la retenue est :

$$x\left(1+\frac{y}{100}\right)^{n-1}$$

On obtient donc une progression géométrique de raison $1+\frac{y}{100}$ et c'est la somme des n premiers termes de cette progression qui doit être égale à P. Or en désignant par q pour simplifier les écritures la raison $1+\frac{y}{100}$ cette somme nous est donnée par la formule.

$$S=\frac{x\,(q^n-1)}{q}$$

D'où l'équation cherchée.

$$\text{(II)}\qquad \frac{x\,(q^n-1)}{q}=P$$

On a ainsi pour résoudre le problème l'équation (I), l'équation (II) auxquelles il convient d'ajouter par suite de nos notations l'équation III.

$$\text{(III)}\qquad q=1+\frac{y}{100}$$

Soient trois équations à trois inconnues qui nous permettront de déterminer le montant x de la retenue annuelle. En faisant les opérations algébriques, à moins que certaines simplifications que nous n'aurions pas aperçues ne puissent être introduites, on arrive à une équation du degré $2n+1$ en q. Forcément la résolution en sera un peu pénible, mais comme pratiquement il s'agit ici d'une équation numérique il sera toujours possible de la résoudre par les méthodes connues de résolution des équations numériques.

(1) Cela, remarquons-le, n'est nullement en contradiction avec ce qui a été dit à la note précédente ; car il ne s'agit plus de déterminer ce dont a profité la compagnie, mais ce dont les obligataires ont été privés.

Nous croyons, conformément à ce qui a été dit plus haut, qu'ils n'ont été privés que de la somme des retenues annuelles.

C'est d'ailleurs un système qui fut plusieurs fois adopté par la jurisprudence, notamment dans un arrêt de Cassation du 10 août 1863 (1) et un arrêt de Paris du 28 janvier 1879 (2), où l'on admet toutefois que les obligataires pourront produire pour les intérêts composés de ces retenues annuelles.

48. — Beaucoup d'autres systèmes ont été proposés ; nous signalerons les trois principaux, en indiquant brièvement les raisons qui, d'après nous, doivent les faire rejeter :

1er *Système.* — On a soutenu que les obligataires devaient produire, pour le montant du taux d'émission augmenté de la différence entre l'intérêt réellement payé et le minimum de l'intérêt conventionnel qui aurait pu être stipulé. Ce système a donné lieu de tout temps à de graves objections, mais maintenant il serait tout à fait impossible de s'y rallier, puisque depuis la loi du 12 janvier 1886, il n'y a plus, en matière commerciale tout au moins, de taux maximum de l'intérêt.

2e *Système.* — On a voulu, tout en adoptant pour la détermination des retenues annuelles le principe du temps moyen, introduire dans le calcul des droits de l'obligataire un élément nouveau, l'autoriser à produire non seulement pour les retenues qu'il a subies, mais en outre pour une somme représentative de l'accroissement progressif de la valeur de son titre (3). A mesure, dit-on, que l'on se rapproche de l'époque fixée pour le remboursement de toutes les obligations les chances de toucher la prime augmentent pour chaque obligataire ; la valeur commerciale de son titre

(1) D. 1863.1.349.
(2) D. 1880.2.25.
(3) V. en ce sens : Paris, 23 mai 1862, D. 1863,1,350.

s'accroît donc de jour en jour et l'on doit lui tenir compte, au moment où éclate la faillite, du quantum déjà atteint par cette plus-value.

Cette conclusion est erronée. Sans doute, si l'obligataire ne pouvait produire que pour les 300 francs qu'il a versés, il aurait le droit de se plaindre, car son titre qui doit être remboursé à 500 francs vaut plus de 300 francs au moment où la faillite éclate. Mais nous lui avons reconnu un droit plus étendu; il produira non pas pour 300 francs, mais pour la valeur exacte de son titre au jour de la faillite. On ne se contente pas de lui rembourser ce qu'il a effectivement versé, mais en outre, le faisant participer en quelque sorte aux opérations de l'émetteur, on lui donne immédiatement sa part du capital destiné au service des primes. Il ne peut donc se plaindre, car les opérations de capitalisation étant brusquement arrêtées, en lui rendant ce qu'il avait déjà fourni pour les rendre possibles, on lui donne exactement tout ce qui peut rationnellement lui revenir. S'il se voit enlever ses chances de gain (et il était impossible qu'il en fût autrement puisque tout est interrompu) il échappe par contre à toute chance de perte, et dans ces conditions il lui serait certainement fait, par le système que nous critiquons en ce moment, une faveur tout à fait injustifiée et qui porterait préjudice à la masse des autres créanciers (1).

(1) Il y aurait lieu toutefois d'admettre ce système s'il s'agissait d'une émission d'obligations dont quelques-unes doivent être remboursées avec un lot et les autres remboursées simplement avec une prime (c'est ce qui a lieu dans les émissions par le Crédit Foncier de France). Dans ce cas chaque obligataire, en sus de la prime qu'il est assuré de toucher, est éventuellement appelé, s'il est favorisé par le sort, à gagner un lot. Or dans le calcul du montant des retenues, fondé sur la détermination du temps moyen, on n'a pas tenu compte de l'existence de lots, il faudra donc,

3° *Système.* — Un troisième système, très séduisant, celui-là, surtout en ce qu'il permet de se décharger sur le juge du soin de trancher les difficultés, a été proposé par MM. Lyon-Caen et Renault (2). D'après ces auteurs, il n'y a pas lieu de poser des règles précises, c'est aux tribunaux qu'il doit appartenir, dans le silence de nos lois sur la question, d'apprécier *ex æquo et bono* le supplément à ajouter au capital d'émission. Ils devront pour cela prendre en considération le taux de l'intérêt, le temps écoulé depuis l'émission et le temps restant à courir jusqu'à l'expiration de la période de remboursement.

Cela nous semble faire une part un peu trop considérable à l'arbitraire du juge. Sans doute ce juge devra prendre en considération le taux de l'intérêt, le temps déjà écoulé et le temps restant à courir jusqu'au complet remboursement, mais comment devra-t-il tenir compte de ces divers éléments ? C'est précisément là la question et c'est cette question que nous avons essayé de résoudre, le système que nous avons défendu nous a paru lui donner la solution à la fois la plus rationnelle et la plus équitable (3).

au moyen d'un *calcul des probabilités*, évaluer la plus-value donnée au titre de chaque obligataire par les chances, qu'il pouvait avoir au jour de la faillite, de gagner un lot.

S'il s'agissait d'une émission d'obligations à lots et sans primes c'est uniquement à un calcul de ce genre qu'il faudrait recourir, car il ne pourrait être question de temps moyen. Mais, nous le répétons, nous ne croyons pas que cette dernière hypothèse soit très pratique, le législateur ne donne guère l'autorisation de faire de telles émissions qu'à des personnes incapables de tomber en faillite (Comp. loi du 16 juillet 1860 relative aux émissions par les villes de Tourcoing et de Roubaix) et s'il donne cette autorisation à des compagnies privées, il ne pourra guère se dispenser, le cas échéant, de régler lui-même la situation (Comp. lois du 8 juin 1880 et du 15 juillet 1889 sur la Compagnie de Panama.

(2) *Traité*, t. II, n° 581.

(3) On pourra consulter sur ses différents systèmes et sur les questions qui s'y rattachent : Boistel, n° 934 ; Lyon-Caen et Renault, n° 378 *bis* au

49. — Quoi qu'il en soit de ces différents systèmes, il est une vérité, qui se dégage avec évidence de toute la discussion qui précède, c'est que nos lois sont, sur la matière, absolument insuffisantes et qu'une intervention du législateur est devenue tout à fait nécessaire.

Le Sénat a, le 29 novembre 1894, adopté un projet de loi dans lequel la question qui nous occupe est ainsi résolue à l'article 76 : « En cas de liquidation ou de faillite, ces obligations sont admises au passif pour une somme totale égale au capital qu'on obtiendra en ramenant à leur valeur actuelle, au taux réel de l'intérêt de l'emprunt, les annuités d'intérêt et d'amortissement qui restent à courir. Chaque obligation sera admise pour une somme égale au quotient obtenu en divisant ce capital par le nombre des obligations non encore éteintes. Toutefois, dans le cas où les obligations comprises dans une même série ne sont pas émises à des conditions identiques, le taux de l'escompte des annuités à échoir est fixé à 5 0/0. » Ce texte, qui n'est peut-être pas d'une clarté absolue, n'a pas encore été adopté par la Chambre des députés et par suite n'est point encore passé dans nos lois.

A l'étranger la loi belge du 18 mai 1873 a prévu notre question ; voici comment elle la résout dans son article 69 : « Les obligations ne seront admises au passif que pour une somme totale égale au capital qu'on obtiendra en ramenant à leur valeur actuelle, au taux de 5 0/0, les annuités d'intérêt et d'amortissement qui restent à échoir. Chaque obligation sera admise pour une somme égale au quotient de ce capital divisé par le nombre des obligations non encore éteintes » (V. Namur, II, nos 1168-1170).

Précis et au *Traité*, t. II, nos 572 et suivants ; H. Martin, *Le système des valeurs à lots* dans l'*Economiste français*, numéro du 8 mars 1890.

§ 2. — Rentes constituées.

50. — Nous supposons qu'un commerçant, qui a constitué une rente en perpétuel, c'est-à-dire qui s'est engagé à servir les arrérages d'une rente dont le capital ne pourra jamais lui être réclamé, vient à tomber en faillite. Dans ce cas encore il y a résiliation *ipso jure* et il serait d'autant plus difficile de s'attacher uniquement à une idée de déchéance du terme, qu'il n'existe à proprement parler aucun terme de remboursement, le capital ne devant jamais être exigible.

Le contrat sera résilié en ce sens qu'il ne pourra plus produire dans l'avenir aucun effet. Le crédi-rentier aura droit de reprendre le capital, qu'il n'avait aliéné qu'en échange d'une rente que le débi-rentier n'est plus en état de lui servir ; il produira à la faillite pour le montant de ce capital, sans qu'on puisse rien lui réclamer à raison des arrérages qu'il a déjà touchés. Ces arrérages représentent en effet le prix de la jouissance du capital aliéné, pendant tout le temps de l'exécution normale du contrat.

Tout ceci est formellement consacré par l'article 1913 du Code civil et il n'y a pas lieu d'insister davantage (1).

§ 3. — Rentes viagères.

51. — Ici la faillite du débi-rentier donne lieu à des difficultés plus grandes.

Il est difficile de parler de résiliation du contrat, car la résiliation du contrat de rente viagère pour inexécution

(1) Voir sur cet article du Code civil : Colmet de Santerre sur Demante, t. 8, p. III, n° 123 *bis* ; Aubry et Rau, t. 4, p. 617.

n'existe pas dans notre droit (art. 1778, C. civ.), on peut encore moins parler de déchéance du terme puisqu'il s'agit d'un placement à fonds perdus. On est donc forcé d'adopter un système spécial.

52. — Il nous semble qu'il faut pour cela s'inspirer ici des dispositions de l'article 1978 du Code civil. Cet article permet au crédi-rentier, en cas de non-paiement des arrérages, de saisir les biens du débi-rentier et de faire ordonner ou consentir sur le produit de la vente l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages. En cas de faillite le créancier ne peut pas saisir, mais l'équivalent pour lui ce sera la production.

Il produira donc pour la somme permettant d'assurer le service des arrérages. Ce sera ou bien la somme qui, placée à fonds perdus d'après l'âge de la personne, sur la tête de qui repose la rente, suffirait pour rapporter les arrérages promis, ou bien la somme qui, placée à la façon ordinaire, rapporterait des intérêts égaux aux arrérages en question.

Si l'on adopte le premier procédé, une difficulté se présentera immédiatement : il n'y a pas dans les rentes viagères de taux uniforme comparable au taux légal de l'argent ; par suite quel taux devra-t-on prendre pour calculer la somme qui, placée à fonds perdus, pourrait produire des arrérages égaux à ceux stipulés au contrat ? Le tribunal de commerce de la Seine a décidé dans une espèce où le failli était précisément une société d'assurances sur la vie le « *Crédit viager* » (1), que le capital, pour lequel le crédi-rentier était appelé à produire, devait être calculé d'après les tables mêmes de la société tombée en faillite.

(1) Voir jugement du tribunal de commerce de la Seine, du 1er septembre 1886 dans *La Loi*, numéro du 15 septembre 1886.

53. — Le crédi-rentier, suivant l'une ou l'autre des deux méthodes indiquées plus haut, pourra donc produire pour une somme permettant le service des arrérages. Mais nouvelle difficulté : pourra-t-il, dans ce cas, toucher le dividende résultant de cette production?

Nous ne croyons pas qu'on doive lui reconnaître un semblable droit (1), ce serait méconnaître l'esprit de l'article 1978 et modifier trop profondément le caractère de l'opération ; le contrat de rente viagère doit rester malgré la survenance d'une faillite, un contrat de prévoyance ne permettant au crédi-rentier que de toucher les arrérages.

Dès lors, si c'est le premier système de production qui a été adopté, le dividende sera effectivement remis à une compagnie d'assurances, qui en servira les arrérages au crédi-rentier sa vie durant, et le gardera ensuite d'une façon complète et définitive ; si au contraire c'est le 2e système de production qui a été employé, alors le dividende sera placé sur l'État par exemple, les intérêts en seront versés au crédi-rentier jusqu'à sa mort, et à partir de ce moment, le capital ainsi placé reviendra à la masse (2).

§ 4. — Remarques sur certains contrats et renvois à des chapitres suivants.

54. — 1° On pourrait croire que l'étude des assurances sur la vie doive trouver ici sa place naturelle, dans la partie de ce travail, relative aux résiliations de plein droit.

(1) Voir toutefois Bravard et Demangeat, t. V, p. 188 et Ruben de Couder, V° *Faillite*, n° 212 qui autorisent le crédi-rentier à toucher immédiatement son dividende.

(2) C'est en faveur de cette manière de procéder que se prononcent : M. Pont, *Petits contrats*, n° 756 ; M. Boistel, n° 936 ; MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, p. 221, n° 270.

En effet, le syndic n'ayant pas, du moins à notre avis (1), qualité pour entretenir un semblable contrat, il semble qu'on doive le considérer par là même comme résilié *ipso jure*.

Mais cela ne serait pas exact, l'assurance sur la vie présente en réalité des caractères tout particuliers. L'assuré pouvait toujours, à son gré, mettre fin au contrat ; sans doute sa faillite l'obligera généralement à le faire, mais cela n'a rien d'absolument fatal et, par suite, on ne peut pas dire qu'il y ait résiliation *ipso jure*.

C'est qu'en effet, si le syndic ne peut continuer le contrat malgré le failli, rien ne l'empêche de le continuer avec l'assentiment de celui-ci ; il peut même arriver que le failli lui-même continue à payer la prime. Et d'autre part, il ne peut être vrai de dire (tout au moins quand les primes ont été payées pendant trois ans) que le contrat a été définitivement rompu par la faillite : le contrat primitif est en réalité remplacé par un autre, qui permettra aux représentants de l'assuré de toucher à la mort de celui-ci un capital *réduit*.

Mais ce sont là des points sur lesquels il serait prématuré de s'expliquer maintenant, nous étudierons les assurances sur la vie avec les autres assurances à la place qui doit leur revenir d'après notre plan, c'est-à-dire dans notre troisième partie où il leur sera consacré un chapitre spécial (2).

55. — 2° D'un autre côté, il peut se faire que certains contrats particuliers, bien que n'appartenant pas aux types que nous venons d'étudier, soient malgré tout résiliés de plein droit.

(1) Voir *infrà*, n° 154.
(2) Voir *infrà*, n° 153 et suivants.

Ce sont des contrats qui, d'après leurs caractères génériques, n'auraient pas impliqué forcément l'*intuitus personæ* mais qui, en fait, à raison de l'intention soit formelle, soit simplement implicite des parties, reposent sur la considération de la personne. Ainsi d'après nous, en principe le contrat d'édition n'est pas resilié *ipso jure* par la faillite de l'éditeur (1), comme l'est le mandat par exemple par la faillite du mandant ou du mandataire ; mais l'auteur, en contractant avec la maison d'édition, a pu stipuler que le contrat serait résilié de plein droit, si la maison à laquelle il s'était adressé venait à tomber en faillite.

Nous croyons que, dans ce cas, l'intention des parties, même si elle ne se dégage que d'une façon implicite, doit être respectée et qu'il y aura résiliation *ipso jure*.

Mais cette question qui peut se poser à propos de tous les contrats ne peut être étudiée ici, nous la retrouverons dans la partie suivante, lorsqu'après avoir posé les règles générales, nous aurons à rechercher dans quelle mesure des dérogations peuvent y être apportés par la volonté des parties (2).

(1) D'après Renouard (t. II, p. 320) la faillite de l'éditeur entraînerait forcément la résiliation *ipso jure* du contrat d'édition. Au contraire pour Blanc (p. 110), pour M. Pouillet (*Propriété littéraire et artistique*, n° 348), la faillite, conformément à la doctrine que nous adoptons, ne résout *ipso jure* le contrat d'édition, qu'autant que ce contrat apparaît en fait comme reposant sur l'*intuitus personæ*, ce qu'il n'y a pas lieu de supposer *à priori*.

(2) V. *infrà*, n° 114 et suivants.

TROISIEME PARTIE

DES CONTRATS RÉSILIABLES

CHAPITRE PREMIER

THÉORIE GÉNÉRALE.

§ 1. — Indications préliminaires.

56. — Nous avons vu dans les deux parties précédentes, que, parmi les contrats en cours au moment où la faillite éclate, il en est qui ne sont nullement atteints, la faillite ne pouvant mettre aucun obstacle à leur cours régulier ; nous avons vu d'autre part que certains contrats étaient résiliés par l'événement seul de la faillite : le contrat primitif devait être la cause pendant un certain temps d'une série d'obligations à la charge des parties, devait faire naître entre elles des rapports juridiques durables ; la faillite éclatant, ce temps est abrégé, les liens juridiques sont brusquement et prématurément rompus.

Après les contrats qui sont respectés par la faillite et ceux qui à l'inverse sont de plein droit anéantis par elle, il nous reste à étudier dans les deux parties suivantes l'ensemble des autres contrats. Ce sont les contrats qui n'im-

pliquent pas forcément l'intervention personnelle du failli, qui peuvent à la rigueur être exécutés par d'autres que par lui, par les représentants de ses créanciers notamment, et qui, d'autre part, sont de nature à avoir une répercussion sur son patrimoine. C'est au nombre de ces contrats que se trouve le contrat commercial par excellence, la vente. Dans la vente, en effet, la considération de la personne importe peu, ce que les parties ont en vue, c'est un échange de prestations ; pourvu que l'acheteur acquière la chose achetée, que le vendeur soit payé de son prix, peu importe, en général, par qui cette délivrance ou ce paiement auront été faits.

57. — Parmi ces contrats qui nous restent à étudier maintenant, les uns ne donnent naissance qu'à des questions de résiliation, et deviennent d'ailleurs par suite de la faillite immédiatement résiliables, les autres au contraire donnent naissance à des questions plus complexes de résolution, et ils ne sont effectivement résolubles que dans des cas déterminés.

De là la division que nous avons annoncée dans notre introduction sans pouvoir en montrer alors la nécessité. Dans la partie que nous commençons maintenant, nous ne devons envisager que les contrats *résiliables par suite de la faillite* et dans la partie suivante nous devrons étudier tous les contrats qui pourraient être susceptibles d'une *résolution rétroactive*.

Cette division, toute naturelle, et qui permet d'opposer aux contrats résiliés de plein droit, que nous avons étudiés déjà, les contrats simplement résiliables, dont nous allons nous occuper maintenant, pourrait paraître singulière si l'on voulait s'en tenir trop strictement aux termes mêmes de l'article 1184 du Code civil. En effet, cet article,

auquel désormais nous allons faire constamment appel, semble ne prévoir qu'une *résolution* qui doit, suivant l'expression de l'article 1183, « remettre les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé ». Si bien qu'on pourrait être tenté de croire qu'à côté des contrats résiliés de plein droit par la faillite, il ne peut exister d'autre part que des contrats *résolubles* et nullement de contrats *résiliables*.

Ce serait là une erreur certaine, et qu'il nous suffira de dissiper pour bien montrer du même coup la nécessité de la division que nous avons adoptée.

C'est qu'en effet la condition résolutoire prévue par l'article 1184 ne peut, tout le monde le reconnaît, s'appliquer de la même manière à tous les contrats. Pour certains contrats elle est non point une condition résolutoire, mais bien plutôt, suivant une expression qui nous paraît commode, une *condition extinctive* (1). Ce sont là deux choses qu'il importe de bien distinguer : la condition résolutoire affecte l'existence même du contrat, tandis que la condition extinctive en limite seulement la durée et cela non pas avec une certitude immédiate à la façon d'un terme, mais dans l'hypothèse seulement où un événement futur et incertain viendrait à se produire (2).

Or, le législateur n'a point fait cette distinction. Lorsque

(1) Sur cette expression voir la note suivante.

(2) L'expression de condition extinctive nous paraît plus exacte que celle de *terme résolutoire* employée pour rendre la même idée par M. Demolombe (t. XXV, n° 465 et suiv.) et avant lui par Pothier (*Traité des obligations*, n° 226 *in fine*). En effet, dans l'expression terme résolutoire, le mot terme n'exprime nullement que l'extinction dépend ici de l'arrivée d'un événement futur et incertain, d'une condition, il semblerait même annoncer le contraire ; et quant au mot résolutoire il peut,lui aussi,par l'idée de résolution rétroactive qu'il suggère naturellement, faire naître une confusion.

l'article 1234 du Code civil, par exemple, vient dire que les obligations s'éteignent par l'effet de la condition résolutoire, il y a là une inexactitude certaine : les obligations s'éteignent bien par l'arrivée de la condition extinctive ; mais lorsqu'il s'agit de condition résolutoire, il y a quelque chose de plus : les obligations ne sont pas éteintes, elles sont réputées n'avoir jamais existé, de telle sorte que les effets qu'elles ont pu produire déjà doivent être rétroactivement effacés. Le législateur a confondu dans cet article la condition extinctive et la condition résolutoire, et c'est précisément cette confusion que nous retrouvons encore dans l'article 1184.

L'article 1184 sous-entend toujours une condition résolutoire ; il est hors de doute que, dans bien des cas, c'est en réalité une condition extinctive qu'on doit sous-entendre. Par exemple, en cas de bail d'immeuble, le bailleur a bien dû vouloir que le contrat prît fin dès que le locataire cesserait de payer ses loyers, mais il n'a certainement pas pensé à une résolution rétroactive, anéantissant les effets déjà produits par le contrat.

C'est pourquoi il est nécessaire de séparer toujours soigneusement les contrats contenant une condition résolutoire et les contrats contenant simplement une condition extinctive ; autrement dit, en termes plus simples, il importe de traiter à part les contrats susceptibles de résolution et les contrats susceptibles de résiliation.

Cette distinction capitale s'imposait d'une façon toute particulière dans une étude sur la faillite, étant donné, comme nous le verrons plus tard, que la faillite empêche dans certains cas toute résolution de s'accomplir et oblige alors à maintenir les contrats même dans l'avenir. Il était donc indispensable d'étudier dans deux parties différentes, d'une

part les contrats susceptibles de résiliation, et d'autre part les contrats à l'égard desquels peut se poser une question de résolution : si cette résolution est admise, elle entraîne l'anéantissement du contrat, même pour le passé ; si au contraire elle est repoussée, tout anéantissement, même pour l'avenir, toute résiliation se trouve par là même prohibée.

58.— Ceci posé, il nous faut encore, à propos de la division du sujet, présenter une remarque importante. On dit généralement que les contrats dont l'exécution est successive, *qui tempus successivum habent*, sont les seuls pour lesquels l'article 1184 ne produise que les effets d'un terme et amène leur cessation plutôt que leur résolution (1). Pour tous les autres contrats, pour ceux qui s'accomplissent en un seul temps, il y aurait lieu au contraire à une véritable résolution. Dans ces conditions, il semble que nous ne devrions étudier dans cette partie que les contrats successifs, et réserver tous les autres pour la partie suivante. Mais il nous paraît préférable de prendre, en même temps que les contrats successifs, tous ceux pour lesquels, en fait, il n'y a pas à parler de résolution avec effet rétroactif ; c'est ce qui a lieu pour tous les contrats, successifs ou non, qui n'étant pas par eux-mêmes translatifs de propriété, n'ont d'ailleurs été exécutés ni de part ni d'autre, et qui dès lors n'ont eu jusqu'ici d'autre résultat que de créer des rapports d'obligation.

Sans doute nous reconnaissons sans peine qu'en théorie pure il y aurait lieu même pour ces contrats à une véritable résolution, en vertu de laquelle le contrat serait censé n'avoir jamais existé ; mais comme, en fait, ces contrats

(1) V. Aubry et Rau, t. IV, § 302, p. 86 ; Larombière, II, art. 1183 ; Demolombe, XXV, nos 465 et 469.

n'ont produit encore aucun effet, il n'y a pas à se demander si la faillite pourra empêcher que leurs effets ne soient anéantis ; pour ces contrats on n'aura jamais à s'occuper que de l'avenir, aussi croyons-nous plus commode et plus clair de les étudier ici en même temps que tous les contrats dont l'avenir seul peut être compromis par la faillite.

En résumé, nous nous occuperons donc dans la présente partie des contrats successifs et des contrats qui, n'étant pas par eux-mêmes translatifs de propriété, n'ont d'ailleurs reçu aucune exécution (1).

D'autre part la partie suivante aura pour objet les contrats translatifs par eux-mêmes de propriété et en outre les contrats déjà exécutés par le co-contractant, si cette exécution consiste d'ailleurs en un transfert de propriété (2).

Autrement dit, nous traiterons dans cette quatrième partie de tous les cas où il y aura transfert de propriété, soit que ce transfert dérive du contrat lui-même, soit qu'il résulte de l'exécution déjà donnée au contrat par le co-contractant.

(1) Il est à peine besoin de faire remarquer que, dans le cas d'un contrat successif, si ce contrat a déjà été exécuté en partie par le co-contractant sans l'être encore par le failli, le co-contractant a par là même une créance chirographaire qu'il fera valoir suivant la procédure établie par le Code de commerce.

(2) Quant aux contrats déjà exécutés par le co-contractant, mais pour lesquels cette exécution ne consiste pas en un transfert de propriété, il est bien évident que nous n'avons à les envisager ni dans cette partie ni dans la partie suivante. En effet les obligations, qu'ils mettaient à la charge du co-contractant, étaient des obligations non pas *de donner*, mais *de faire*. Pour remplir ces obligations c'est donc un fait que le co-contractant a dû accomplir ; dès lors comme un fait ne peut être anéanti ; *nec id quod factum est infectum fieri*, le co-contractant se trouve par la force même des choses réduit à une simple créance chirographaire, pour laquelle il produira au passif et qui ne lui donne droit qu'à un dividende. La faillite dans ce cas ne peut porter aucune atteinte au contrat lui-même.

Ce seront donc bien des questions de résolution de la propriété que nous aurons alors à résoudre, et nous aurons à rechercher si la propriété qui est déjà passée au failli peut revenir au co-contractant.

Ceci dit, abordons l'étude de notre problème.

59. — Un contrat a été conclu avec le failli ; ce contrat, par hypothèse, n'est pas suspect ; il ne tombe pas sous le coup des articles 446 et 447 du Code de commerce ; d'autre part il n'est pas translatif de propriété et n'est encore complètement exécuté ni par le failli ni par l'autre partie ; quelle influence la faillite va-t-elle pouvoir exercer sur la vie de ce contrat ? C'est, par exemple, une vente à livrer ; le failli avait acheté tant de quintaux de blé livrables fin mai, et au commencement du mois de mai il tombe en faillite ; le contrat tient-il malgré tout ? le vendeur peut-il au contraire se considérer comme dégagé de ses obligations et comme autorisé, s'il lui plaît, à ne point se mettre en mesure d'exécuter fin mai le marché conclu ?

60. — A cette question tous les auteurs répondent par le principe de la non-résiliation ou de la non-résolution des contrats par la faillite de l'une des parties (1). Ce principe est affirmé par tout le monde (2), même par Renouard, quoiqu'on ait coutume de dire qu'il le rejette. Renouard dit en effet : « Si la loi avait voulu que la résolution s'effectuât de plein droit, elle aurait pris soin de le dire explicitement (3)... » Nombre de décisions judiciaires ont éga-

(1) On dit en général simplement la *non-résolution*, parce que résolution est l'expression unique sous laquelle on comprend d'ordinaire et les cas de résiliation et les cas de résolution proprement dite.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit comm.*, t. II, p. 860 ; Delamarre et Lepoitvin, t. 5, p. 418 ; Labbé, en note sous Cass., 16 février 1885, D. 1887.1.201 ; Souchon, *De l'exécution après la faillite des contrats synallagmatiques antérieurs*, p. 97.

(3 Renouard, *Traité des faillites*, t. II, p. 364.

lement affirmé cette non-résiliation. Dès le 5 août 1812, un arrêt de la Chambre des requêtes portait : « Attendu que la faillite d'un négociant ne résout pas les ventes qu'il a faites (1) », et depuis, cette jurisprudence s'est constamment maintenue (2), ou plutôt le principe tout au moins n'a jamais cessé d'être proclamé.

Mais il faut reconnaître que les conséquences qu'on tire de ce principe sont parfois inattendues. La jurisprudence a, dans certaines décisions, semblé admettre que si les syndics en cas de vente n'usaient pas dans un délai suffisamment bref de la faculté que leur laisse l'article 578, le contrat serait considéré comme résolu (3). D'autre part, si la faillite ne résilie pas de plein droit les contrats, elle laisse subsister le droit commun, qui exige que la résiliation ou la résolution soient demandées en justice et prononcées par les tribunaux ; aussi, a-t-on quelque peine à comprendre des considérants comme ceux de la Cour de cassation dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 8 avril 1895 (4) : « Attendu que le vendeur d'objets mobiliers a, en cas de faillite de l'acheteur, le droit de retenir dans ses magasins les marchandises non encore livrées et par conséquent *d'en reprendre la libre disposition comme si le contrat était résolu.* » Et c'est là une idée que l'on retrouve dans un certain nombre de décisions judiciai-

(1) Chambre des requêtes, 5 août 1812, S. 1820.1.493.

(2) Cour de Poitiers, 12 mars 1856, D. P. 1856.2.274 ; Paris, 22 janvier 1856, D. P. 1856.2.94 ; Chambre des requêtes, 23 février 1858, S. 1858. 1.600.

(3) Tribunal de commerce, Havre, 30 mai 1888, *Journal des faillites*, 1888, p. 525 ; Tribunal de commerce, Arras, 27 février 1888, *Journal des faillites*, 1888, p. 523 ; Cour de Nancy, 23 mai 1893, *Journal des faillites*, 1894, p. 160, D. 1894.2.227.

(4) Chambre des requêtes, 8 avril 1895, D. 1895.1.481.

res (1). On rencontre également dans quelques jugements ou arrêts des considérants de ce genre : « Attendu qu'il est de la nature de ces contrats (louage de service) d'être attachés à l'existence de l'industrie en vue de laquelle ils ont été conclus ; que, dès lors, un *fait de force majeure* tel qu'une faillite, etc... (2).

Tout cela ne cadre pas très bien avec le principe de la non-résiliation *ipso jure* ; il est impossible d'ailleurs qu'un fait aussi grave que la faillite n'apporte pas de profondes perturbations dans le cours normal du contrat ; qu'il ne donne pas au co-contractant certains droits à l'encontre du failli ; le principe de la non-résiliation *ipso jure* ne fait pas, par lui-même, évanouir toutes les difficultés.

Il est donc nécessaire de descendre dans le détail et de se livrer à une analyse plus complète. C'est le cas ou jamais de dire avec M. Thaller : « Pour s'engager dans ce monde des faillites, où les théories les plus importantes et en même temps les plus délicates du droit civil, du droit commercial et de la procédure s'entrelacent et se confondent comme à plaisir, on ne saurait se montrer trop difficile sur le choix d'un fil conducteur (3)... »

§ 2. — En principe, la faillite ne résilie pas « ipso jure » les contrats antérieurs.

61. — Tout d'abord nous reconnaissons sans peine que la faillite ne met pas fin par elle-même *ipso jure* à tous

(1) Cassation, ch. civile, 16 février 1887, D. 1887.2.201 ; Cour d'Amiens, sur renvoi, 3 juillet 1887, D. 1888.2.228 ; Tribunal de commerce de la Seine, 15 avril 1893, *Journal des faillites*, 1893, p. 274.

(2) Tribunal de commerce de Marseille, 14 septembre 1882, *Journal des faillites*, 1883, p. 66.

(3) M. Thaller, *Revue critique*, 1881, p. 631.

les contrats en cours ; nous l'avons d'ailleurs implicitement admis déjà dans la partie précédente, puisque nous y avons recherché les conditions nécessaires pour qu'une semblable résiliation se produise ; lorsque ces conditions ne se rencontrent pas, la résiliation de plein droit n'a pas lieu. Cette résiliation de plein droit n'est en effet consacrée par aucun texte, elle est même formellement repoussée par l'article 578 du Code de commerce, tout au moins en ce qui concerne les ventes faites au failli, et nous ne trouvons rien dans les principes généraux du droit qui puisse lui servir de fondement. A défaut de textes précis, elle ne pourrait nous être imposée que si la faillite mettait forcément un obstacle absolu à toute exécution. Il en est bien ainsi pour certains contrats, pour ceux que nous venons d'étudier dans la partie précédente, mais il n'en va pas de même dans la généralité des cas. A défaut du failli qui a perdu tout droit d'agir, la masse de ses créanciers pourra se prévaloir des rapports juridiques préexistants, et exécuter les obligations qui en résultent. La faillite n'est pas une liquidation générale et immédiate arrêtant brusquement toutes opérations en cours ; le plus souvent l'exploitation sera continuée pendant un certain temps, tout au moins jusqu'à ce qu'il ait été pris un parti relativement au concordat ; la masse pourra donc entretenir certains contrats, et pour les contrats qui lui sont avantageux, elle ne manquera pas de le faire (1).

Il n'y a donc pas d'une façon générale, en dehors des cas étudiés dans la deuxième partie, de résiliation de plein droit des contrats antérieurs. Mais, nous l'avons dit, il ne suffit pas de poser ce principe pour que toutes les difficultés soient par là même tranchées.

(1) Il est vrai que cette faculté que nous reconnaissons à la masse ne

§ 3. — La faillite est une cause de résiliation (1).

62. — Nous devons nous demander maintenant si le contrat qui n'est pas frappé de mort subite, comme nous venons de le reconnaître, n'est pas, du moins, suivant une comparaison déjà faite, atteint de maladie grave susceptible de devenir mortelle.

Dans notre droit, la résiliation *ipso jure* est quelque chose de tout à fait exceptionnel, c'est la résiliation judiciaire qui est de beaucoup la plus fréquente, l'article 1184 tout en sous-entendant la *lex commissoria* dans les contrats synallagmatiques, ne donne pas à cette clause tacite

lui est accordée expressément que dans deux cas particuliers : lorsque le failli s'est rendu acquéreur d'objets mobiliers (art. 578) et lorsqu'il a pris à bail des immeubles destinés à son exploitation commerciale (art. 450). Mais il n'y a aucune raison de limiter à ces deux cas la faculté en question. En effet ce sont les créanciers réunis en une sorte de syndicat qui composent la masse, et il est de principe que les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne (art. 1166). La masse pourra donc se substituer au failli toutes les fois que, le contrat ne reposant pas sur l'*intuitus personæ*, le contractant n'aura aucun intérêt à ce qu'il soit exécuté par telle personne plutôt que par telle autre. Ce qui toutefois aurait pu faire douter de la validité d'une telle combinaison, c'est qu'elle aboutit à une violation de la loi du concours en donnant à l'un des créanciers une satisfaction complète. Mais, comme ce sont les autres créanciers eux-mêmes qui dans leur intérêt propre consentent à cette rupture de l'égalité, il n'y aurait aucune raison de la prohiber et l'article 578 prouve que le législateur ne l'a pas voulu. Il exige simplement que la masse ou plutôt le syndic qui la représente se fasse autoriser par le juge commissaire.

(1) Indiquons immédiatement que tout ce que nous dirons dans les deux paragraphes suivants du droit de résiliation s'appliquera, *a fortiori*, au *droit de rétention*. Lorsque le co-contractant pourra obtenir la résiliation de son contrat il est bien certain qu'il pourra à plus forte raison opposer le droit de rétention ; et d'autre part les moyens qui sont à la disposition de la masse pour conjurer la résiliation lui permettent d'enlever au co-contractant l'exercice de son droit de rétention.

toute l'énergie d'une condition expresse, il ne confère que le droit d'obtenir en justice la résiliation. De ce que la faillite ne produit pas une résiliation *ipso jure*, il ne s'ensuit pas qu'elle laisse toujours le co-contractant à la discrétion de la masse ; il y a lieu de rechercher si ce co-contractant ne peut pas, à certaines conditions, invoquer l'événement de la faillite pour obtenir en justice la résiliation de son contrat.

Si l'on se reporte à l'article 1184, où se trouvent contenus les principes généraux du droit relatifs à notre matière, on trouve que la résiliation ou la résolution du contrat sera prononcée par la justice lorsque l'une des parties ne satisfera pas à ses engagements. Or la faillite manifeste l'impossibilité dans laquelle se trouve actuellement le failli de faire face à ses obligations ; il a suspendu ses paiements, c'en est assez dès lors pour que la loi le présume insolvable, et prescrive immédiatement contre lui tout un ensemble de mesures destinées à sauvegarder, dans l'intérêt de ses créanciers,ce qui lui reste de fortune. Dès lors, pourquoi le co-contractant, envers qui le failli apparaît dès maintenant comme hors d'état de s'exécuter, ne pourrait-il demander immédiatement la résiliation?

63. — Il est bien vrai qu'en dépit des apparences le failli peut être solvable : la cessation des paiements a pu résulter d'une gêne momentanée. Frémery raconte (1) que les événements de 1814 ont contraint un commerçant à déposer son bilan, alors que la liquidation devait manifester plus tard un excédent d'actif de plus de deux millions et qu'il devait rester au réhabilité un actif net et liquide excédant quinze cent mille francs.

(1) Frémery, *Etudes de droit commercial*, p. 352.

Mais c'est là une éventualité dont le législateur ne s'inquiète jamais lorsqu'il pose les règles relatives à la faillite. Peu importe que le failli soit en définitive solvable, il est toujours traité comme s'il ne l'était pas.

Aussi croyons-nous (quitte à nous en expliquer plus tard) que la faillite, en faisant prévoir l'inexécution de la part du failli, doit produire les mêmes effets qu'une inexécution définitivement acquise.

La faillite sera pour le co-contractant une *cause de résiliation* en ce sens qu'elle lui permettra de demander immédiatement la résiliation de son contrat ; il ne sera obligé d'attendre, ni la clôture de la faillite, ni même l'expiration du terme dont il pouvait jouir lui-même. Vendeur à livrer par exemple il pourra demander la résiliation de son contrat dès l'ouverture de la faillite avant même que le terme de livraison soit arrivé (1).

Nous verrons d'ailleurs dans un instant qu'on n'aurait pu en décider autrement sans mettre le co-contractant, d'une façon des plus injustes, tout à fait à la merci de la masse.

64. — Mais dans tout ceci nous avons considéré comme démontré quelque chose qui ne l'est point encore. Nous avons raisonné, en effet, comme si la faillite devait entraîner l'inexécution, or cela n'est peut-être pas rigoureusement exact : ce que la faillite amènera, c'est un paiement en dividende, et il n'y a là qu'une inexécution simplement partielle.

Il nous reste à démontrer qu'un paiement en dividende, inexécution simplement partielle imposée par le mécanisme même de la faillite, produit les mêmes effets quant à la résiliation du contrat que l'inexécution totale.

(1) En ce sens : Bédarride, t. III, p. 222 ; comp. Thaller, note au D. 1895. 2.233 ; comp. art. 346, C. comm.

Et c'est alors seulement que nous aurons le droit de dire que la faillite, en faisant présumer un paiement en dividende équivalant de notre point de vue à l'inexécution totale, permet par elle seule d'obtenir la résiliation.

De droit commun, lorsqu'il ne s'agit pas de faillite, l'inexécution partielle doit être assimilée, en ce qui concerne le droit de résiliation, à l'inexécution complète. Le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette même divisible (art. 1244); si ce débiteur ne veut ou ne peut fournir qu'une partie de ce qu'il doit, il s'expose à la résiliation comme en cas d'inexécution totale (1).

Mais lorsque le paiement partiel résulte de la loi du concours, cela ne va pas sans quelque difficulté.

Par suite de la faillite, en effet, chaque créancier n'a plus droit vis-à-vis des autres créanciers de la masse qu'à un dividende ; ce dividende, contrairement à ce qui a lieu de droit commun, il est obligé de s'en contenter ; du moment qu'il le reçoit, il ne peut élever aucune plainte ; il subit le sort commun et, en principe, il ne doit pas pouvoir s'y soustraire en invoquant un droit à la résiliation qui ne pourrait lui être reconnu à lui sans être reconnu en même temps à tous. Aussi, verrons-nous plus tard que le créancier, qui a déjà exécuté, ne peut plus prétendre, lorsque la faillite éclate, reprendre la prestation qu'il a déjà fournie, sous prétexte qu'il n'obtient qu'un paiement en dividende et non pas le paiement intégral sur lequel il avait compté.

(1) Pour certains auteurs il y a dans ce cas lieu à résiliation à raison de l'article 1184 dont les termes sont très généraux (Voir en ce sens Aubry et Rau, IV, 302. Cass., 12 avril 1842, S. 1843.1.281). Pour d'autres auteurs les tribunaux auraient plein pouvoir d'appréciation et ils n'auraient à prononcer la résiliation que si le manquement aux obligations paraissait suffisamment grave (Voir en ce sens, Demolombe, XXV, 498).

Mais ici, comme nous n'avons pas à nous occuper de résolution rétroactive, nous envisagerons simplement le cas où le co-contractant n'a pas encore exécuté.

Dans ce cas le co-contractant peut-il avoir droit à la résiliation du contrat pour inexécution partielle provenant du paiement en dividende ?

A cette question nous n'hésitons pas à répondre par l'affirmative.

65. — Le co-contractant qui n'a pas encore exécuté se trouve jouir en fait d'une situation privilégiée ; il garde toujours à sa disposition, ce que nos auteurs appellent, peut-être improprement, le droit de rétention, et ce que les Allemands désignent sous le nom d'*exceptio non adimpleti contractus* (1).

C'est un grand principe d'équité consacré par toutes les législations que,dans tout contrat intéressé, l'une des parties ne peut être contrainte à s'exécuter si la prestation qu'elle a droit d'attendre de l'autre partie vient à lui être refusée.

Sans doute le co-contractant, en raison de la faillite, ne peut plus obtenir qu'un dividende, il est hors d'état d'imposer à la masse une obligation plus étendue ; s'il exécute purement et simplement c'est à ce dividende seulement qu'il pourra prétendre et force lui sera de s'en contenter. Mais s'il n'exécute pas, il conserve tous les avantages de la situation et garde entre les mains une arme défensive des plus précieuses.S'il ne peut contraindre la masse à le payer intégralement, ce qui violerait la loi des faillites, très certainement la masse ne peut non plus le contraindre à s'exécuter tout en ne lui fournissant elle-

(1) V. Théories allemandes sur l'*exceptio non adimpleti contractus*. Saleilles, *Annales de droit comm.*, 1892, II, 287.

même qu'un paiement partiel ; ce serait violer le contrat. Si bien que le co-contractant pourra dire : restons-en là, reprenons chacun notre liberté, dégageons-nous des liens qui nous unissaient. Autrement dit, le co-contractant, fort de la situation de fait dans laquelle il se trouve, pourra obtenir la résiliation.

Ce sont là des principes admis par tout le monde et, tout au moins, en matière de ventes faites au failli, ils nous semblent imposés par les articles 577 et 578.

Tout d'abord, le droit de rétention que nous accordons au co-contractant lorsqu'on ne lui offre qu'un paiement en dividende, a toujours été reconnu par la jurisprudence. La jurisprudence ne permet pas au syndic, pour employer une expression de la chambre civile, de *scinder* le contrat, c'est-à-dire d'exiger l'exécution du contrat de la part de l'autre partie, tout en prétendant ne la payer qu'en monnaie de faillite (1). Elle va même plus loin : même lorsqu'il ne s'agit plus d'obligations dérivant d'un contrat unique, mais qu'il s'agit en réalité de plusieurs contrats connexes dont les uns servent de contre-partie aux autres, la jurisprudence admet que le syndic ne pourra se prévaloir des uns s'il n'exécute les autres qu'en dividende (2).

66. — Ce droit de rétention une fois admis au profit du co-contractant, on doit forcément lui reconnaître aussi le droit de demander la résiliation ; les choses ne peuvent rester indéfiniment en suspens ; le co-contractant ne peut être obligé d'attendre les poursuites du syndic, il faut un dénouement. Cela encore est reconnu par tous (3) et

(1) Ch. civ., 1er déc. 1886, D. 1887.1.102 ; Lyon-Caen, *Précis*, t. II, nº 3028. Dans le même sens, Poitiers, 12 mars 1856, S. 1856.2.196.

(2) D. 1872.1.300.

(3) Voir Labbé, S. 1887.2.25 ; Lyon-Caen, *Précis*, II, nº 3527 ; Cour d'appel d'Agen, 1868, S. 1868.2.231.

prouve que nous étions bien en droit de considérer l'inexécution partielle, même provenant de la faillite, comme une cause de résiliation au même titre que l'inexécution totale. Nous considérons donc maintenant comme définitivement acquis que le seul fait de la faillite, en établissant légalement l'impossibilité où se trouve le failli de s'exécuter, permet au co-contractant de demander immédiatement la résiliation.

§ 4. — La masse par son intervention peut empêcher la résiliation.

67. — Cette résiliation, suffira-t-il au co-contractant de la demander pour être sûr de l'obtenir ?

Si le paiement en dividende était dans les faillites une loi inéluctable, l'intervention de la justice serait alors bien inutile et l'on ne comprendrait pas pourquoi la faillite ne résilierait pas par elle-même, *ipso jure*, tous les contrats en cours.

Mais ici précisément nous retrouvons un principe dont nous avons déjà parlé précédemment, à savoir que la masse peut se substituer au failli dans les rapports juridiques qu'il avait créés. Dans les contrats, qui faisaient l'objet de notre partie précédente, cette substitution était impossible et la faillite devait amener dès lors une résiliation immédiate et de plein droit ; dans les autres contrats, où cette substitution peut avoir lieu sans léser les droits de personne, la masse pourra intervenir, et, en enlevant au co-contractant toute raison de se plaindre de l'état de faillite, lui enlever par là même tout droit à la résiliation.

68. — C'est bien certainement ce qui a lieu si la masse

exécute immédiatement. Dans ce cas il est hors de doute qu'il ne peut plus être question de résiliation, et le co-contractant qui obtient satisfaction doit s'exécuter à son tour. C'est précisément ce que décide l'article 578 pour le cas particulier d'une vente faite au failli.

69. — Mais cette exécution immédiate sera-t-elle toujours nécessaire? La masse devra-t-elle toujours y recourir même lorsque l'obligation incombant au failli n'est pas encore échue? Ne lui suffira-t-il jamais, pour conjurer la résiliation, de donner simplement au co-contractant des garanties d'exécution ?

C'est là une question que le législateur a pris soin de résoudre dans deux cas particuliers au moyen des articles 1613 du Code civil et 346 du Code de commerce. En vertu de ces articles relatifs, le premier à la vente, le deuxième à l'assurance maritime, la masse n'a qu'à fournir caution, garantissant l'exécution normale du contrat, pour rendre inacceptable toute demande de résiliation. Ces dispositions doivent, suivant nous, être étendues à tous les autres contrats. Il n'y a, en effet, aucune raison de les considérer comme créant un droit spécial à la vente ou à l'assurance ; elles n'apparaissent nullement comme exceptionnelles, et semblent tout au contraire faire l'application à deux contrats particuliers d'un principe général parfaitement rationnel.

En effet, si dès l'ouverture de la faillite le co-contractant peut demander la résiliation, c'est uniquement parce que, se trouvant en présence d'un débiteur désormais hors d'état de remplir ses obligations, il doit pouvoir, de son côté, se dégager des siennes.

Mais il n'en peut plus être de même lorsqu'une exécution intégrale lui est garantie. Par là il est mis hors des

atteintes de la faillite ; la faillite, en quelque sorte, cesse d'exister vis-à-vis de lui ; il serait dès lors mal venu de l'invoquer comme une cause de résiliation.

Bien entendu, il faut pour cela que les garanties offertes soient des garanties suffisantes ; si le co-contractant, ne les considérant point comme telles, voulait malgré tout opposer son droit de rétention, ou demandait la résiliation, ce serait aux tribunaux à trancher le différend.

Quoi qu'il en soit, nous devons reconnaître maintenant que la masse n'est pas toujours tenue, pour empêcher la résiliation, d'exécuter immédiatement. Elle peut, dans certains cas, arriver au même résultat tout en donnant simplement au co-contractant des garanties d'exécution à l'échéance ; mais avant de déterminer dans quels cas il en pourra être ainsi, il nous faut présenter une remarque importante sur les conséquences résultant pour la masse de son intervention.

70. — En intervenant pour garantir au co-contractant une exécution intégrale, la masse s'oblige forcément elle-même ; quelles que soient les sûretés qu'elle fournit, les cautions dont elle obtient l'engagement, c'est toujours elle qui doit remplir le rôle de débiteur principal. Voulant profiter d'un contrat avantageux, elle ne pourra se prévaloir des droits qu'il confère sans en assumer les charges. Le co-contractant n'était qu'un créancier ordinaire astreint comme tel à la loi du concours ; et c'est précisément pour cela que, ne s'étant pas encore exécuté lui-même, il pouvait opposer le droit de rétention, ou obtenir la résiliation de son contrat. Mais les autres créanciers ne veulent pas qu'il puisse le faire et c'est pourquoi ils l'assurent d'une exécution intégrale ; par là même ils le dispensent de la loi du concours ; ils s'engagent à lui donner plus

que sa part, ou plutôt à prélever avant tout partage entre eux de quoi le désintéresser complètement.

71. — Notre co-contractant, de créancier *dans la masse* qu'il était autrefois, est devenu créancier *de la masse* ; il est sorti de cette espèce de société qu'on appelle la masse, il n'est plus associé, il est créancier de cette société (1).

Cela pour n'être écrit nulle part n'en est pas moins certain. La loi allemande, qui sur toutes ces matières est plus explicite que la nôtre, a pris soin de dire formellement dans son article 59 : « sont considérées comme dettes de la masse... : 1° les dettes ; 2° les dettes.... résultant des contrats synallagmatiques dont l'exécution est exigée en faveur de la masse, ou doit avoir lieu pour la période postérieure à l'ouverture de la faillite. »

Notre Code de commerce ne contient rien d'analogue, mais il n'est pas difficile de suppléer à son silence.

72. — Ces principes étant rappelés, il semble qu'aucune difficulté ne devrait pouvoir s'élever quant à la question de savoir, dans quels cas la masse devra l'exécution immédiate, et dans quels cas il lui suffira de la garantir.

Suivant nous la masse ayant pris la place du failli doit jouer vis-à-vis du co-contractant le rôle d'un débiteur ordinaire. Elle n'aura donc qu'à se conformer aux clauses du contrat et pourra s'en prévaloir elle-même. Elle ne devra donc l'exécution immédiate que si les obligations incombant au failli sont d'ores et déjà échues ; dans tous les autres cas au contraire, elle pourra toujours invoquer le bénéfice du terme et garantir simplement l'exécution à échéance.

(1) Voir une critique de cette distinction par M. Thaller dans la *Revue critique* (1881), p. 631, mais nous croyons que dans son traité M. Thaller a abandonné la doctrine qu'il avait d'abord soutenue.

Cela cependant n'est point admis par tout le monde, l'article 444 du Code de commerce, sur la déchéance du terme, a été à cet égard la cause d'une équivoque.

D'après plusieurs auteurs la masse ne pourrait pas, en principe, invoquer le bénéfice du terme accordé naguère au failli. Quand bien même les obligations, qui incombaient à ce dernier ne seraient pas encore échues, la masse n'en serait pas moins tenue à l'exécution immédiate, pourvu que le co-contractant, de son côté, fût prêt à s'exécuter lui-même sur le champ.

73. — Nous croyons qu'il y a là une erreur.

La déchéance du terme de l'article 444 n'a lieu qu'au profit des créanciers admis au passif chirographaire ; dans ce cas elle est imposée par les nécessités de la liquidation et est une conséquence forcée de la conversion de toute créance en un droit à un dividende.

« En définitive, disent MM. Bravard et Demangeat (1), après le jugement déclaratif et dans les rapports des créanciers avec la masse, il ne s'agit plus de créances, elles se sont transformées en droit à un dividende. Or que la créance soit à terme ou non, sa transformation en droit à un dividende ne s'en opère pas moins et de la même manière pour tous les créanciers, ce droit est donc pur et simple pour tous. » Dans ces conditions il n'y a donc déchéance du terme que dans les cas où la créance s'est transformée en un droit à un dividende, ce qui précisément n'a pas lieu lorsque la masse prend à sa charge l'obligation du failli. Aussi dirons-nous avec Renouard (2) « que le bénéfice du terme doit, conformément à la règle de l'article 1613 du Code civil, être laissé à la masse si elle

(1) T. V, p. 160.
(2) P. 362, t. II.

donne caution ; qu'il n'y a point lieu alors d'exciper de l'article 445, car à l'égard des dettes auxquelles la masse est obligée, il n'y a point exigibilité par le fait de la faillite (1) ».

On devra déduire de là qu'en cas de vente faite au failli par exemple, les syndics devront, s'ils payent immédiatement le prix, déduire de ce prix l'escompte d'usage.

74. — Si l'accord ne s'est point fait sur cette question, en revanche, tout le monde reconnaît que l'exécution immédiate n'est point nécessaire lorsque le co-contractant, jouissant lui-même d'un terme, ne fournit pas de suite la prestation qu'il doit.

Dans ce cas, en effet, les obligations incombant aux deux parties étant corrélatives, il est bien certain qu'il ne peut être permis à l'une d'elles, sous prétexte que l'autre est en faillite, d'exiger une exécution immédiate alors qu'elle-même se réserve le droit de n'exécuter que plus tard (2).

Supposons, par exemple, qu'il s'agisse d'un marché de fournitures dont les différentes livraisons doivent avoir lieu pendant un certain temps à des intervalles déterminés ; l'acheteur tombe en faillite ; dans ces conditions, le vendeur n'en continue pas moins à profiter des différents termes que lui donne son contrat (on peut même dire qu'il ne pourrait y renoncer, et émettre la prétention d'effectuer toutes les livraisons immédiatement et en une seule fois) et dès lors, la masse ne sera pas tenue à l'exécution immédiate. Pour conjurer la résiliation elle ne sera pas obligée de payer immédiatement le prix total ; elle

(1) Voir en ce sens, Cassation, 10 novembre 1809 ; S. coll. nouv., t. III, p. 55. C'est également cette solution qui a été consacrée par l'article 96 du Code fédéral suisse des obligations.

(2) Voir en ce sens Lyon-Caen et Renault, t. VII, p. 214 ; Boistel, n° 925. Bordeaux, 16 juillet 1840 ; D. R., V° *Faillites*, n° 248.

n'aura, pour le moment, qu'à prendre l'engagement, garanti par des sûretés suffisantes, de payer intégralement aux diverses échéances.

75.— Quoi qu'il en soit de ces difficultés relatives au cas, où la masse peut invoquer le bénéfice du terme, nous arrivons à cette conclusion que la masse peut toujours empêcher la résiliation du contrat soit en l'exécutant immédiatement elle-même, soit en prenant l'engagement, garanti par des sûretés suffisantes, de l'exécuter à l'échéance.

§ 5. — Combinaison des principes précédents.

76. — Nous avons dans ce qui précède dégagé successivement deux principes différents.

1er *Principe.* — La faillite est par elle-même une cause de résiliation, c'est-à-dire que le co-contractant, en se fondant uniquement sur l'état de faillite de son débiteur, peut obtenir la résiliation de son contrat, et *à fortiori* exercer simplement le droit de rétention, si pour lui le terme est déjà révolu.

2e *Principe.* — La masse peut, par une intervention spéciale, conjurer cette résiliation et s'opposer à tout exercice du droit de rétention.

Nous allons voir maintenant comment ces deux principes se complètent l'un l'autre ; et tout en étudiant les conséquences qu'ils comportent, trouver dans ces conséquences mêmes de nouvelles preuves de leur exactitude.

Tout d'abord il résulte de ces deux principes, lorsqu'on les complète l'un par l'autre, que le co-contractant, tout en trouvant dans la faillite un motif à résiliation n'est pas certain cependant d'obtenir cette résiliation, à son gré. Il

doit compter avec la masse qui peut, par son intervention, jouer un rôle décisif. Aussi n'aura-t-il jamais intérêt à recourir de prime abord à une instance judiciaire ; il devra commencer par s'assurer des intentions de la masse à son égard ; et nous allons voir d'ailleurs qu'il puise précisément dans les principes que nous venons de poser un moyen de la contraindre à prendre parti immédiatement.

Mais d'autre part, si notre co-contractant ne peut être sûr d'obtenir la résiliation, par contre il aura des chances d'obtenir de la masse l'entière exécution de son contrat, et en tous cas il ne sera jamais obligé de consentir à la conversion de sa créance en un simple droit à un dividende.

En raison des principes précédents, il pourra même exercer sur la masse une sorte de pression, la menacer d'une résiliation immédiate, si elle ne consent pas à prendre à sa charge les obligations du failli et à les exécuter intégralement.

77. — Mais puisque nous parlons de combiner nos deux principes, une objection peut se présenter. On peut être porté à se demander, si les deux principes que nous avons dégagés successivement ne se contredisent pas l'un l'autre, si le second ne vient pas détruire le premier, ou tout au moins le rendre inutile.

La contradiction est tout apparente et le principe que nous défendons « la faillite par elle-même cause de résiliation » est loin d'être dépourvu de conséquences, même après que notre second principe est venu le corriger.

78. — C'est en raison de ce principe que le co-contractant par une menace de résiliation immédiate peut obliger la masse à prendre parti, et qu'il peut exiger d'elle

des garanties, dans le cas où elle entend entretenir le contrat.

En effet, c'est uniquement parce que la faillite est par elle-même une cause de résiliation, que nous pouvons (comme la loi nous le prescrit dans le cas particulier de l'article 346) reconnaître au co-contractant le droit d'obtenir cette résiliation, dès qu'il se heurte aux refus de la masse.

Pour le montrer envisageons successivement les deux hypothèses suivantes, que nous avons déjà indiquées : le cas où la masse ne peut conjurer la résiliation que par une exécution immédiate et le cas où il lui suffit, pour arriver au même résultat, de prendre le contrat à sa charge et de donner des garanties d'exécution.

79. — Prenons d'abord la deuxième hypothèse.

Dans ce cas, le co-contractant ne pouvant demander l'exécution immédiate se trouverait dans une situation très singulière, si, contrairement à ce que nous posons en principe, la faillite n'était pas par elle-même une cause de résiliation.

En effet, s'il n'y avait que l'inexécution définitivement acquise qui pût donner ouverture à résiliation, le co-contractant devrait rester peut-être pendant très longtemps dans une incertitude très préjudiciable pour lui ; il devrait attendre le bon plaisir de la masse et serait en définitive à son entière discrétion.

Supposons par exemple qu'il s'agisse d'un marché de fournitures dans lequel l'acheteur est tombé en faillite ; le vendeur sera-t-il donc astreint à attendre patiemment les diverses échéances ? devra-t-il à chaque fois se mettre en mesure d'exécuter ses obligations ? et tout cela pour se heurter ensuite à un refus d'exécution de la part de la

masse. Dans ces conditions la situation faite au co-contractant serait intenable : il doit toujours être prêt lui-même à l'exécution, et si ensuite les cours baissent, la masse lui laissera les marchandises pour compte ou du moins ne consentira à les payer qu'en monnaie de faillite ; si au contraire il y a une hausse, la masse n'hésitera pas à prendre livraison afin de profiter d'un marché avantageux.

Toutes les mauvaises chances seraient donc forcément pour le co-contractant. Et cette injustice serait particulièrement criante, étant donné que la jurisprudence, avec raison croyons-nous, refuse au vendeur, en cas de résiliation de la vente, tous dommages-intérêts à l'encontre de la faillite.

Cette situation inacceptable faite au co-contractant nous n'avons pas de peine à l'éviter avec notre théorie de la faillite, cause de résiliation. En effet, puisque le co-contractant peut demander immédiatement la résiliation et que la masse ne peut empêcher cette résiliation qu'en intervenant pour garantir une exécution intégrale, il sera toujours loisible à ce co-contractant de s'assurer une situation bien nette. Il mettra la masse en demeure de prendre à sa charge les obligations du failli et alors, si la masse refuse de le faire, ou même refuse de se prononcer avant l'arrivée du terme, il aura la ressource de la résiliation immédiate.

C'est bien là d'ailleurs ce qu'admet la jurisprudence. Elle reconnaît que la résiliation est immédiatement encourue, d'une part si le syndic refuse de donner des garanties, d'autre part s'il tarde simplement à prendre parti. On doit simplement lui accorder comme délai « le temps

d'obtenir l'autorisation du juge-commissaire, de chercher et de présenter une caution (1) ».

Au contraire, si l'on n'admet pas que la faillite soit par elle-même une cause de résiliation, la mise en demeure par le co-contractant pourra rester vaine, elle sera toujours dépourvue de sanction. Le syndic au lieu de se prononcer et de répondre au co-contractant : « nous vous paierons intégralement, nous vous admettons au passif chirographaire », pourra parfaitement ne rien répondre du tout, ou bien dire : « nous ne savons pas encore, nous verrons plus tard... au moment de l'échéance... cela dépend des circonstances ». Le co-contractant n'aura aucun moyen de forcer le syndic à prendre parti et, si ce dernier refuse de se prononcer, force lui sera bien d'attendre l'échéance, et de subir les fâcheuses conséquences de cette situation.

80. — Arrivons maintenant à l'autre hypothèse, que nous avons annoncée, c'est-à-dire au cas où la masse, pour éviter la résiliation, doit fournir une exécution immédiate. Là encore, bien que d'une façon peut-être moins certaine, nous retrouvons des conséquences de notre principe. Le co-contractant, nous le supposons, a mis la masse en demeure d'exécuter immédiatement ; si, dans ces conditions la masse refuse, le co-contractant pourra obtenir sur le champ la résiliation.

C'est là une solution qui est admise par tout le monde. Avec notre théorie elle ne peut soulever aucun doute ; mais elle serait peut-être moins certaine, si l'on n'admet-

(1) Voir en ce sens, Cass., Ch. des requêtes, 5 décembre 1883, *Journal des faillites*, 1885, p. 146 ; Trib. de commerce de Marseille, 18 décembre 1891, *Journal des faillites*, 1892, p. 422 ; Cour de Nancy, 23 mai 1893, *Journal des faillites*, 1894, p. 160 ; Tribunal de commerce d'Arras, 27 février 1888, *Journal des faillites*, 1888, p. 523 ; Comp. Tribunal de commerce du Havre, 30 mai 1888, p. 525.

tait pas avec nous, que la faillite est par elle-même une cause de résiliation, et si l'on considérait qu'une inexécution définitivement acquise peut seule donner ouverture à la résiliation.

En effet, dans ce système, le co-contractant étant admis au passif chirographaire, n'aurait aucune plainte à élever pour le moment et ne pourrait qu'exercer le droit de rétention. Il devrait, avant d'agir en résiliation, attendre la fin des opérations de la faillite car, jusque-là, on ne sait pas encore ce que seront les dividendes, s'ils ne seront pas de 100 0/0 et si dès lors il y aura en fin de compte inexécution. Il est vrai que, dans ce cas, l'exécution intégrale sera forcément tardive, mais c'est là une circonstance dont les créanciers du failli n'ont pas le droit de se plaindre ; la suspension des intérêts moratoires en est la preuve.

Quoi qu'il en soit, il est bien certain que dans l'une et dans l'autre hypothèse, nous devons reconnaître au co-contractant le droit à la résiliation de son contrat, aussitôt qu'il s'est heurté à un refus d'intervention, opposé par la masse. Or, un semblable refus ne peut être considéré comme la violation d'une obligation quelconque de la masse, puisque la masse n'est pas obligée d'intervenir et qu'elle n'est nullement tenue de soustraire le co-contractant aux effets de la faillite. Dès lors ce n'est pas ce refus qui peut servir de cause à une résiliation. La résiliation, que peut obtenir le co-contractant, a une tout autre cause, une cause plus éloignée, pour ainsi dire, et cette cause c'est la faillite elle-même.

Et tout cela nous montre que nos deux principes, au lieu de se contredire, produisent chacun leurs effets propres. Aussi, bien qu'il soit indispensable de les maintenir

constamment accouplés, l'un venant compléter l'autre, était-il bon néanmoins de les distinguer par l'analyse (1).

§ 6. — Analyse des différentes situations qui peuvent se présenter.

81. — Au point où nous en sommes arrivé, il va nous être facile, tout en précisant certains détails, de présenter maintenant une analyse plus détaillée des différentes combinaisons susceptibles de se produire. Nous prendrons dans une première section les cas où le co-contractant prend l'initiative de certaines poursuites, de certaines mesures destinées à sauvegarder ses droits et dans une deuxième section les cas où le co-contractant reste dans l'inaction.

Première section. — *C'est le co-contractant qui le premier se décide à agir.*

82. — Le contrat, n'étant pas résilié de plein droit, il tarde au contractant d'être fixé sur le sort que la faillite lui réserve.

Tout d'abord il pourrait songer à introduire immédiatement une instance en résiliation, et il sera sans doute très porté à le faire, si le contrat qui le lie s'annonce comme devant lui être désavantageux. Mais dans cette hypothèse surtout, comme probablement le contrat, qui

(1) Remarquons que, si l'on admet la théorie de la faillite de fait, il semble bien qu'on doive arriver à la conclusion suivante : Le co-contractant en présence d'un commerçant en état de cessation de paiements pourra obtenir la résiliation de son contrat; et comme la procédure de la faillite n'est pas organisée, comme par suite il n'y a pas de masse représentée par un syndic qui puisse prendre le contrat à sa charge, il devra toujours obtenir cette résiliation, il lui suffira pour cela d'établir que son débiteur est, en fait, en état de faillite. Cela peut présenter certains inconvénients, mais ces inconvénients sont la conséquence forcée de la théorie que la jurisprudence a cru devoir adopter.

est désavantageux pour lui est au contraire favorable au failli, il aurait à craindre qu'une intervention de la masse ne vint rendre sa demande irrecevable.

D'autre part, si son contrat lui promet des bénéfices, il a tout intérêt à ce qu'il ne soit pas résilié, mais au contraire complètement exécuté par la masse ; si bien que, de toutes façons, il est toujours de son intérêt de commencer par mettre la masse en demeure de prendre le contrat à sa charge et de l'exécuter conformément à ses termes.

Supposons donc, que le co-contractant ait envoyé la mise en demeure en question, et recherchons quelles seront les conséquences des différents partis que la masse pourra prendre.

83. — Mais tout d'abord il nous faut préciser un point important.

Nous avons jusqu'ici parlé en termes vagues d'engagements de la masse, d'attitude de la masse, du parti qu'elle pouvait prendre ; sans indiquer à qui il appartenait de décider pour elle de cette attitude et de prendre ces engagements. Le moment est venu de donner à cet égard quelques explications, maintenant que nous recherchons les conséquences du parti qui sera pris par la masse.

Dans les opérations de la faillite, la masse est représentée par le syndic ; c'est le syndic qui, d'une façon générale et d'ailleurs sous certains contrôles, est chargé d'administrer le gage commun au mieux des intérêts de tous. C'est donc au syndic que la mise en demeure sera adressée et c'est à lui qu'il appartiendra de prendre parti. Mais comme il s'agit là d'une détermination assez grave ; comme obtempérer à la mise en demeure aboutit en somme à soustraire un créancier particulier à la loi du concours, le syndic ne pourra prendre ce dernier parti qu'avec l'autorisation du juge-commissaire.

C'est du moins ce que décide l'article 578 dans le cas particulier où le syndic veut se prévaloir d'une vente faite au failli, et il n'y a aucune raison de ne pas étendre cette disposition à tous les autres cas (1).

84. — Il y a même certaines circonstances où cette autorisation du juge-commissaire semble ne plus devoir suffire. Il peut se faire, en effet, que le contrat soit de telle nature, que la masse ne puisse raisonnablement le prendre à son compte, que si elle entend continuer toute l'exploitation commerciale. Or dans la deuxième période de la faillite, dans cette période dite préparatoire qui se termine par l'*assemblée de concordat*, c'est au *syndic définitif* qu'il appartient, moyennant l'autorisation du juge-commissaire, d'entreprendre la continuation provisoire de l'exploitation (art. 470 et art. 6 de la loi de 1889). Mais si après l'assemblée générale des créanciers c'est à l'*Union* qu'on arrive, il en va tout autrement ; en cas d'Union en effet,il ne peut y avoir continuation de l'exploitation qu'après une délibération de la masse en assemblée générale et seulement dans le cas où les trois quarts des créanciers en nombre et en somme votent cette continuation (art. 532, C. com.). Dès lors on est conduit à admettre que le syndic, même avec l'autorisation du juge-commissaire, ne pourra engager la masse pour un laps de temps plus long que la période préparatoire. C'est bien ce qui semble résulter du jugement précité du tribunal de Saint-Nazaire du 23 novembre 1893 (2).

(1) Nous verrons d'ailleurs plus loin, qu'en cas de bail, le syndic ne peut s'engager à continuer le bail qu'après avoir entendu le failli, et d'autre part, qu'au cas d'assurance sur la vie contractée naguère par le failli, le syndic ne peut continuer le contrat que moyennant l'autorisation formelle de celui-ci (Voir *infrà*, n° 154).

(2) *Journal des faillites*, 1894, p. 138.

85. — Ceci dit, abordons l'examen des différents partis que le syndic peut prendre au nom de la masse.

86. — I. — *Le syndic obtempère à la mise en demeure* (1). — S'il exécute immédiatement alors, aucune difficulté, le co-contractant obtient la prestation à laquelle il a droit ; en échange il fournit la sienne et tout est terminé.

Mais, nous l'avons vu, cette exécution immédiate n'est pas toujours nécessaire pour empêcher la résiliation. Du moment que la dette du failli n'est pas encore exigible, la masse a pu prendre l'engagement garanti par des sûretés suffisantes de fournir à l'échéance une exécution intégrale.

87. — Supposons donc maintenant que la masse se soit arrêtée à cette solution.

Dans ce cas, nous l'avons déjà dit, le co-contractant devient créancier *de la masse*. Il résulte de là qu'il pourra se faire payer sur l'actif de la faillite, avant les créanciers *dans la masse* ; ces derniers sont en quelque sorte des associés qui ne peuvent avoir un actif social à se partager, qu'après que les créanciers de la société ou les créanciers de la masse ont été complètement désintéressés.

88.— D'ailleurs notre co-contractant n'aura pas le droit de poursuivre individuellement sur leurs biens propres les différents créanciers qui composent la masse (2), ceux-

(1) Rappelons ici que le syndic doit le faire dans un bref délai ; s'il tardait trop, le co-contractant serait en droit de le considérer comme n'ayant pas obtempéré à sa mise en demeure. — Voir Tribunal de commerce de Marseille, 18 décembre 1891 (*Journal des faillites*, 1892, p. 422) qui n'accorde au syndic que le temps nécessaire pour chercher et trouver une caution. Tribunal de commerce d'Arras, 27 février 1888 (*Journal des faillites*, 1888, p. 523) qui n'accorde au syndic que le temps nécessaire pour chercher et trouver une caution. Voir également, Cour de Nancy, 23 mai 1893 (*Journal des faillites*, 1894, p. 160.

(2) Lyon-Caen et Renault, t. VII, p. 435, n° 559.

ci en effet ne sont pas obligés personnellement, la continuation du contrat ayant été décidée par le syndic, autorisé du juge-commissaire, sans qu'ils aient même été appelés à donner leur avis.

89. — Toutefois, ce droit à des poursuites individuelles devra être reconnu au co-contractant à l'encontre de certains créanciers dans le cas particulier prévu à l'article 533, c'est-à-dire lorsque la continuation du commerce, ayant été décidée après union par l'assemblée générale des créanciers, le syndic n'aura pris l'engagement d'entretenir le contrat qu'en exécution du mandat qu'il a reçu en vue de cette continuation.

90. — En dehors de cette hypothèse très exceptionnelle, le co-contractant n'aura donc d'autre droit que de se faire payer sur l'actif de la faillite par préférence aux créanciers composant la masse ; mais cela ne nous indique pas encore quelle sera sa situation vis-à-vis des autres *créanciers de la masse* ; devra-t-il subir leur concours ou bien ne pourra-t-il, dans certains cas, jouir d'une situation privilégiée.

C'est là une question délicate. Supposons que notre co-contractant soit un vendeur ; en présence des engagements pris par la masse, de la caution qui lui est donnée, il livre conformément à l'article 1613 du Code civil ; dès lors c'est envers la masse qu'il s'est exécuté, c'est la masse qui joue désormais vis-à-vis de lui le rôle d'un acheteur ordinaire. Pourra-t-il contre cet acheteur invoquer le privilège du vendeur ?

Nous serions assez disposé à le croire, bien que cette solution puisse paraître étrange au premier abord. Il est bien vrai que le droit des faillites est hostile au privilège, qu'il cherche à restreindre le plus possible les causes de

préférence, et à plier tous les créanciers à la loi d'égalité. C'est ainsi par exemple que le vendeur d'objets mobiliers perd son privilège, et que le bailleur se voit retirer le sien presque complètement ; mais toutes ces limitations du privilège en matière de faillite, ne se réfèrent jamais qu'aux actes passés avant le jugement déclaratif : elles demeurent étrangères aux opérations de la liquidation. Lorsque la masse représentée par le syndic passe un contrat quelconque, elle est soumise, en ce qui concerne ce contrat, aux règles du droit commun ; si par exemple, pour continuer le commerce du failli, elle achète des marchandises, le vendeur qui les lui a fournies aura contre elle tous les droits que la loi reconnaît au vendeur, il aura notamment le privilège et le droit de résolution. Il doit en être de même du vendeur qui sans doute avait traité avec le failli, mais qui, se trouvant en mesure d'invoquer le droit de rétention et de demander la résiliation, livre malgré tout ses marchandises, en raison précisément des engagements nouveaux que la masse prend envers lui. Vis-à-vis de son acheteur primitif actuellement en état de faillite il ne pouvait certes prétendre à aucun privilège ; il ne pouvait avoir droit qu'à un paiement en dividende s'il consentait à faire sa livraison, et c'est précisément à cause de cela qu'il ne voulait pas livrer et qu'il avait droit d'obtenir la résiliation de son contrat. Mais la masse est intervenue ; pour profiter d'un marché avantageux, elle s'est substituée à l'acheteur primitif, elle a pris à sa charge les obligations dont cet acheteur était tenu, et c'est ainsi qu'elle a pu conjurer la résiliation. Pour qu'un pareil résultat puisse se produire, il faut que cette substitution enlève au vendeur tout motif de plainte, il faut que ce vendeur ait, à l'encontre du nouveau débiteur qu'on lui

impose, tous les droits, que la faillite lui avait fait perdre à l'encontre de l'ancien. Aussi, vis-à-vis de la masse qui joue désormais le rôle d'acheteur et qui, elle, n'est pas en faillite, il devra pouvoir, le cas échéant, faire valoir ses prérogatives de vendeur et exercer par exemple le privilège ou le droit de résolution (1).

91. — La masse qui peut entretenir elle-même les contrats conclus par le failli peut aussi les céder. Il résulte d'un arrêt de la Chambre des requêtes du 23 février 1858 (2), que les marchés passés par un négociant n'étant point résiliés de plein droit par l'effet de sa faillite ultérieurement déclarée, les syndics de cette faillite peuvent céder à un tiers le bénéfice de ces marchés. Il s'agissait dans l'espèce d'une fourniture de houblon faite à un brasseur. Le vendeur s'était engagé à livrer pendant plusieurs années et à intervalles réguliers certaines quantités de houblon. La faillite du brasseur venant à éclater, les syndics, au lieu de laisser le vendeur faire résilier le marché qui était avantageux pour le failli, ont préféré le céder à un tiers.

C'est sur la validité d'une cession de ce genre opérée par le syndic pour empêcher la résiliation, que nous devons maintenant nous expliquer.

92. — Une partie engagée dans un contrat peut-elle céder ce contrat à un tiers, c'est-à-dire lui céder les droits et obligations qui en dérivent, de façon que ce tiers prenne exactement, comme créancier et comme débiteur la place qu'elle occupait elle-même ? Une semblable opération est certainement possible lorsque les deux parties lésées par le contrat primitif y donnent leur consentement, mais en

(1) V. M. Thaller, *Revue critique*, 1881, p. 631.
(2) S. 1858.1.600.

sera-t-il de même lorsque l'accord sera intervenu uniquement entre le cédant et le tiers, sans que l'autre partie ait été appelée à donner son adhésion.

D'après certains auteurs, MM. Laurent et Huc notamment, une telle cession sans le concours de l'autre partie serait absolument impossible. Suivant eux, notre droit, s'il admet la cession de créance, ne connaît pas la cession de dette ; or, l'opération en question, cession d'un contrat, comporte à côté d'une cession de créance, la cession de la dette correspondante ; aussi, suivant eux, toute prétendue cession de contrat pourra bien produire un transport de créance, mais ne pourra pas mettre la dette à la charge du nouveau créancier.

S'il en était ainsi, l'opération n'aurait plus aucun sens, elle conduirait à un résultat inadmissible, la dissociation du contrat.

93. — Aussi la jurisprudence admet-elle la possibilité d'une vraie cession de contrat, opérant le transport des charges en même temps que celui des droits ; et pour expliquer comment le concessionnaire peut se trouver tenu de la dette par suite de l'opération, elle fait appel à l'idée d'obligation *propter rem* ; la dette serait une conséquence de la créance, une charge de cette créance, et par suite de la cession, elle changerait de titulaire en même temps que la créance dont elle est l'accessoire inséparable (1).

Il est bien certain que cette idée d'une obligation *propter rem* n'est pas étrangère à notre législation ; on en trouve des applications aux articles 698 et 699 du Code civil ; mais ici lorsqu'il s'agit d'un contrat synallagmatique, il est bien difficile de considérer la dette comme une charge de la créance, la dette n'est en aucune manière,

(1) Voir notes de Labbé, S. 1876.1.645 et S. 1876.2.329.

une charge de la créance, comme un droit réel est la charge de la propriété ; c'est la charge du créancier. Aussi, croyons-nous qu'il vaut mieux voir dans la cession de contrat une application de la stipulation pour autrui combinée avec une cession de créance.

Quoi qu'il en soit, qu'on recoure à une idée d'obligation *propter rem* ou à une stipulation pour autrui, on doit reconnaître la validité de la cession de contrat ; la jurisprudence d'ailleurs est désormais fixée en ce sens, et notamment la validité des cessions de bail et des cessions de portefeuille des compagnies d'assurances ne fait plus aucun doute (1). D'ailleurs, cette cession ne décharge pas le cédant de la dette ; il reste tenu à côté du cessionnaire et il apparaîtra (bien que cela ne soit pas juridiquement exact) comme une caution, garantissant l'exécution par le cessionnaire.

Telle est la combinaison à laquelle on pourra recourir en cas de faillite (2). La masse, au lieu d'entretenir le contrat, pourra le céder et échapper ainsi à une résiliation qui lui serait préjudiciable. Le co-contractant aura désormais pour débiteur, d'une part le cessionnaire, et d'autre part la masse elle-même, qui, pour céder le contrat, a dû commencer par le prendre à son compte en se substituant au failli. Le co-contractant qui, dans le cas des articles 1613 et 346, doit se contenter d'un débiteur principal, la masse, et d'un débiteur accessoire, la caution, se trouve

(1) Voir Rossi, *Des cessions de portefeuilles*.

(2) Cela est admis formellement par la loi anglaise sur les faillites, tout au moins en ce qui concerne les rapports juridiques existant entre le failli et ses apprentis ou employés. L'art. 41, § 2 de cette loi porte en effet : « Le syndic, si cela lui paraît avantageux, peut transmettre à une autre personne les contrats d'apprentissage ou les conventions intervenues entre l'employé ou l'apprenti et le failli. »

dans notre cas avoir deux débiteurs principaux ; il serait donc mal venu à se plaindre ; tout ce qu'il pourra faire ce sera de contester la solvabilité du cessionnaire comme il peut dans les autres cas contester la solvabilité de la caution qui lui est offerte. S'il engage une procédure sur ce point, ce sera au juge saisi de la contestation de trancher le différend, soit en déboutant le co-contractant, si ses craintes ne sont pas fondées, soit en condamnant la masse à fournir en outre une caution, remplissant les conditions prescrites par les articles 2018 et 2019 du Code civil.

94. — Nous en aurons fini avec l'hypothèse actuelle lorsque nous aurons fait les deux remarques suivantes :

95. — 1re *Remarque*. Il est possible que la masse, malgré les engagements qu'elle a pris, malgré les sûretés qu'elle a données, n'exécute pas le contrat à l'échéance. Dans ce cas il est bien certain que l'article 1184 lui devient immédiatement applicable et que le co-contractant peut demander la résiliation.

Nous croyons même que dans ce cas les règles de la faillite ne pourront plus empêcher cette résiliation d'avoir lieu, même si elle doit produire un effet résolutif ; le co-contractant pourra donc l'obtenir même s'il a déjà livré, il pourra également obtenir des dommages-intérêts conformément à l'article 1184 du Code civil, les principes que nous déduirons dans notre quatrième et notre cinquième parties ne pouvant pas lui être applicables.

96. — 2e *Remarque*. Il est possible qu'un concordat soit accordé au failli avant que l'échéance soit arrivée. Dans ce cas les obligations que la masse avait prises vis-à-vis du co-contractant passeront à la charge du concordataire. Ce dernier devra donc les exécuter intégralement sans pouvoir invoquer à l'encontre du co-contractant les remises partielles qui auront pu lui être faites.

97. — II. — *La masse représentée par le syndic n'obtempère pas à la mise en demeure.* — Il peut se faire que la masse, ou bien déclare ne pas vouloir prendre le contrat à sa charge ; ou bien ne donne pas des garanties suffisantes ; ou bien encore refuse de se prononcer avant l'échéance du terme.

Nous avons vu que dans ces différentes hypothèses, la masse n'étant pas intervenue d'une façon efficace, le contractant conserve le droit d'invoquer la faillite comme cause de résiliation.

98. — Mais est-il obligé de le faire ? en présence des refus de la masse, ne peut-il pas adopter un autre parti ? Telle est la question à laquelle nous arrivons maintenant.

Lorsqu'une faillite éclate, tous les biens du commerçant failli sont en quelque sorte placés sous séquestre, et les différents créanciers perdent vis-à-vis du commerçant failli, désormais dessaisi de ses biens, tout droit de poursuites individuelles ; leur titre de créance ne leur donne plus désormais qu'un seul droit, celui de participer au partage du gage commun.

Lorsque le créancier est en mesure d'obtenir la résiliation du contrat d'où dérive sa créance, il peut échapper au sort commun et garder la prestation qu'il devait fournir plutôt que de s'assurer ce droit de créance, en quelque sorte mutilé, auquel il serait désormais réduit.

Mais s'il peut se soustraire à la loi commune, se retirer pour ainsi dire du syndicat créé par la faillite, il ne peut y avoir là une obligation pour lui. Par suite de son contrat il est devenu créancier, il a donc droit à une part de l'actif, et s'il lui est loisible d'y renoncer, personne en tous cas ne peut le contraindre à le faire.

Il est bien vrai, qu'en mettant le syndic en demeure, il a semblé opter pour la résiliation, pour le cas où le syndic n'exécuterait pas intégralement ; et l'on pourrait croire que cela suffit pour l'empêcher d'invoquer ensuite son contrat vis-à-vis de la faillite. C'est ainsi qu'en droit romain une loi au Digeste porte : « *Papinianus scribit... non posse, si commissoriam elegit, postea variare* » (1). Mais cela vient de ce qu'en droit romain la *lex commissoria* opère de plein droit dès que le vendeur manifeste l'intention de s'en prévaloir, tandis qu'il n'en est plus de même dans notre droit. Aussi le co-contractant, même après la mise en demeure, ne doit-il pas être considéré comme déchu du droit d'invoquer sa créance (2). Le co-contractant pourra donc comme tout autre créancier, faire valoir son titre au moyen de la procédure de l'affirmation et de la vérification des créances, et s'assurer par là son droit au dividende.

D'ailleurs cela suppose bien entendu qu'il respecte lui-même le contrat qu'il invoque ; voulant, à l'égard de la faillite, dont il accepte par cela même tous les effets, se prévaloir des droits que son contrat lui confère, il devra forcément en accepter les charges. Par exemple si c'est un vendeur dont l'acheteur est tombé en faillite, ce vendeur, au lieu de demander la résiliation de son contrat, pourra livrer les marchandises vendues et produire à la faillite pour le montant de son prix (3).

(1) D. L. 4, § 2, *De lege commissoria.*

(2) MM. Aubry et Rau (t. IV, p. 85) admettent cette solution même quand la résolution de plein droit a été stipulée au contrat. Pothier au *Traité de la vente* (n° 461) se prononce en sens inverse et admet la solution romaine.

(3) Voir notamment sur le cas de vente : Nimes, 4 juillet 1885, D. A. S., *Faillite,* n° 1308, en note.

Il sera sans doute assez rare que le co-contractant prenne un semblable parti ; qu'il consente à s'exécuter lui-même intégralement pour n'obtenir en échange qu'un paiement en dividende. Toutefois il n'est pas impossible que dans des cas exceptionnels il ait intérêt à agir ainsi. Supposons par exemple une vente de marchandises *in genere* faite au failli ; si les marchandises, objet du contrat, ont subi une baisse considérable, et que d'ailleurs la faillite s'annonce comme devant fournir un fort dividende, le vendeur pourra avoir intérêt au lieu de garder des marchandises dépréciées, à en opérer au contraire la livraison et à produire à la faillite pour le prix avantageux qu'il avait stipulé.

99. — Donc après avoir essuyé les refus de la masse, le contractant peut, ou bien produire à la faillite, ou bien demander immédiatement la résiliation de son contrat (1).

100. — 1° *Le co-contractant produit à la faillite.* Dans ce cas il faut, nous l'avons dit, que le co-contractant s'exécute.

101. — Cela ne donnera lieu à aucune difficulté si les obligations qui sont à sa charge sont dès maintenant exigibles ; il fournira la prestation qu'il doit et produira immédiatement ensuite. Il n'aura d'ailleurs aucun compte à tenir du terme qu'il a pu naguère accorder, l'article 444 sur la déchéance du terme étant précisément écrit en faveur des créanciers qui produisent au passif chirographaire.

102. — Mais cela se complique un peu, lorsque les obligations, qui incombent au co-contractant, ne sont pas susceptibles d'une exécution immédiate. Une première ques-

(1) Nous verrons d'ailleurs un peu plus tard dans notre 2e section ce qui se produirait s'il ne faisait ni l'un ni l'autre.

tion qui se pose alors est celle de savoir si notre co-contractant pourra, malgré tout, participer dès maintenant aux opérations de la faillite et produire au passif chirographaire. Il s'agit, par exemple, d'un vendeur à livrer dont l'acheteur est tombé en faillite. Si la masse avait consenti à prendre le contrat à sa charge, notre vendeur n'aurait certainement pu exiger d'elle le payement immédiat de marchandises qui ne devront être livrées que plus tard; mais nous supposons que la masse a refusé de prendre le contrat à sa charge, et que le vendeur, trouvant sans doute son contrat très avantageux, préfère à la résiliation un paiement en dividende. Pourra-t-il,dans ces conditions, tout en se réservant de ne livrer qu'à l'échéance, invoquer la déchéance du terme et produire à la faillite?

La réponse à cette question ne nous semble pas douteuse. Bien qu'il n'ait pas encore exécuté et qu'il se trouve peut-être même dans l'impossibilité de le faire, notre co-contractant est, malgré tout, en vertu même de son contrat, d'ores et déjà créancier. Dès lors, puisqu'il entend conserver le bénéfice de cette créance, il doit pouvoir invoquer les droits qu'elle lui confère sur le gage commun, et cela il ne peut le faire qu'en prenant maintenant sa place parmi les créanciers qui composent la masse, en un mot qu'en produisant au passif chirographaire.

Il produira donc, et la masse aura dès lors contre lui une créance, créance qu'on pourra d'ailleurs vendre à forfait pour faciliter la liquidation (1).

103. — Mais une autre question se pose immédiate-

(1) Il est à peine besoin de faire remarquer que, dans ce cas, il y aura une simple cession de créance soumise au droit commun des articles 1689 et suivants, et non pas la cession de contrat que nous avons rencontrée plus haut.

ment. Notre co-contractant qui a produit au passif, sans que les obligations qui lui incombaient soient échues, pourra-t-il toucher la collocation qui lui revient, avant même qu'il n'ait exécuté et dès que les opérations de la faillite seront terminées ? devra-t-on dire que, du moment où il n'a pas encore fourni lui-même, sa prestation, il n'a droit à rien recevoir encore ; d'autant plus que, s'il venait dans la suite à ne pas exécuter la masse se trouverait vis-à-vis de lui sans aucune espèce de garantie. Dans ce système, on devrait déposer à la Caisse des dépôts et consignations ce qui revient au co-contractant, et ce dernier ne pourrait retirer les fonds ainsi mis en réserve, qu'après avoir rempli lui-même les obligations qui lui incombent.

Nous ne croyons pas que cette solution, qui est celle généralement admise lorsque le créancier qui produit est un créancier sous condition suspensive (1), doive être adoptée dans notre hypothèse. Le co-contractant est dès maintenant créancier et cela suffit pour qu'il puisse toucher en même temps que tous les autres ; il est vrai qu'il est créancier à terme, mais le terme étant anéanti (art. 444), c'est là une circonstance qui ne peut exercer aucune influence.

Tout ce qu'on peut faire, c'est de le traiter comme un créancier sous condition résolutoire, la créance dont il est dès maintenant titulaire étant susceptible d'être résiliée s'il venait à manquer à ses propres obligations. Aussi pourra-t-on exiger de lui, lorsqu'il réclamera son dividende, qu'il donne en même temps caution de le restituer pour le cas, où il ne s'acquitterait pas lui-même à l'échéance.

(1) Voir Lyon-Caen et Renault, t. VII, nº 257.

Ce n'est que dans l'hypothèse où il refuserait de fournir cette caution, que la masse serait autorisée à ne pas lui verser le montant de ce qui lui revient et à déposer la somme en question à la Caisse des dépôts et consignations (1).

Il résulte de tout cela, pour donner maintenant un exemple pratique, que, dans un marché de fournitures le vendeur pourra produire à la faillite de son acheteur pour le prix total de toutes les livraisons réunies ; mais comme il n'opérera ces livraisons qu'au fur et à mesure des différentes échéances, il ne pourra toucher son dividende qu'en donnant caution. Dans ces conditions, s'il venait à un moment quelconque à interrompre les livraisons, ce serait à la caution de garantir à la masse le remboursement de la portion du dividende, correspondant aux livraisons qui restaient à faire.

104. — Il ne nous reste plus qu'à déterminer maintenant pour quelle somme notre co-contractant pourra produire. Il n'y aura aucune difficulté à cet égard si la prestation à la charge du commerçant tombé en faillite consiste dans le paiement d'une somme d'argent.

Notre co-contractant n'aura qu'à se faire inscrire pour cette somme au passif chirographaire en se conformant à la procédure de l'affirmation et de la vérification des créances.

105. — Mais il peut se faire que le contrat ait mis à la charge du failli une obligation de faire, ou une obligation de donner autre chose qu'une somme d'argent. Il s'agit, par exemple, d'un travail que le failli s'était engagé à effectuer, ou bien encore, il s'agit d'une vente d'objets

(1) Comp. Pothier, *Traité des oblig.*, nos 234-235 ; Bédarrides, t. I, no 93.

in genere que le failli avait consentie. Dans ces conditions, la production au passif chirographaire pourra donner lieu à quelques complications.

Cette production ne peut avoir lieu que pour une somme d'argent, il faudra donc transformer la dette du failli en dette de somme d'argent. La faillite rendant impossible l'exécution des travaux entrepris, il y aura lieu d'appliquer ici la règle posée, en termes trop généraux d'ailleurs, par l'article 1142 du Code civil. « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. » C'est pour ces dommages-intérêts que le co-contractant produira à la faillite.

S'il s'agit d'une obligation de donner ayant pour objet autre chose qu'une somme d'argent, il ne peut être question de reconnaître au co-contractant le droit d'obtenir cette prestation en nature, ce serait le soustraire à la loi du concours qui régit tous les créanciers produisant au passif. Acheteur par exemple de 100 quintaux de blé, il ne pourra prétendre obtenir dans la faillite de son vendeur les 100 quintaux en question. On pourrait peut-être soutenir qu'il en devra prendre la quantité déterminée par le dividende fourni par la faillite, 75 quintaux par exemple si la faillite produit 75 0/0; mais cette combinaison, pour être très admissible, ne doit pas, selon nous, être considérée comme nécessaire ; il sera ordinairement plus simple de transformer en argent la créance du vendeur et de lui permettre de produire au passif pour le montant de cette créance. Les mercuriales fourniront le plus souvent un moyen facile d'arriver à ce résultat. En tout cas, si quelque difficulté venait d'ailleurs à surgir sur l'estimation en argent des droits du co-contractant, c'est à la procédure des *contredits* qu'on aurait à recourir.

106. — 2° *Le co-contractant demande la résiliation de son contrat.* En présence du refus opposé par la masse, le co-contractant ne veut pas se contenter d'un paiement en dividende, il veut reprendre sa liberté, arriver à la résiliation de son contrat. Pour cela il n'a qu'à introduire une instance ; il obtiendra un jugement prononçant la résiliation.

Mais en principe, tout au moins, il faut qu'il agisse ainsi. Il ne suffit pas que la masse ait refusé d'obtempérer à sa mise en demeure, pour qu'il soit autorisé par là même à considérer son contrat comme résilié. De droit commun, l'intervention de la justice est nécessaire, et comme aucune disposition de nos lois commerciales ne vient faire échec à l'article 1184, force nous est bien de passer par ses exigences. La jurisprudence s'est d'ailleurs plusieurs fois prononcée en ce sens (1), mais nous sommes obligé de reconnaître qu'elle ne le fait pas toujours (2).

C'est qu'en effet une instance judiciaire dans les conditions que nous avons supposées, ne se comprend guère et occasionne des frais vraiment inutiles.

La législation allemande nous semble mieux inspirée et plus en rapport avec les besoins de la pratique ; elle supprime partout où il est possible l'intervention de la justice et la remplace par une simple déclaration de volonté émanant de celui à qui appartient le droit de résiliation ; c'est aussi que dans le Code civil allemand, l'ar-

(1) Voir notamment Trib. comm. Seine, 3 août 1894, *J. des Trib. de comm.*, 1895, p. 287. On lit dans les considérants de ce jugement : « cette mise en demeure est inopérante pour entraîner de plein droit résiliation du marché sans décision de justice.» V. également Delamarre et Lepoitvin, t. V, p. 429.

(2) Voir notamment, Ch. des requêtes, 8 avril 1895, D. 1895.1.481. Comp. Le Havre, 30 mai 1888, *Journal des faillites*, p. 525.

ticle 349 relatif à la résiliation conventionnelle porte : « La résiliation s'opère par déclaration adressée à l'autre partie » et cet article est rendu applicable par l'article 327 aux cas de résiliation légale, exceptionnellement reconnus par les articles 325 et 326.

107. — Etant donnés les inconvénients d'une instance judiciaire, on se dispense le plus souvent dans la pratique, d'y recourir et la jurisprudence a plusieurs fois admis que le syndic qui n'avait pas obtempéré à la mise en demeure ne pouvait plus ensuite se prévaloir du contrat et était sans droit pour en exiger l'exécution. Cela revient bien à dire que la résiliation a lieu sans intervention de justice, du moment que le syndic, n'a pas pris à sa charge le contrat dans un délai suffisamment bref.

Cette solution, nous le répétons, ne peut être admise ; elle serait en contradiction absolue avec le principe que nous avons établi plus haut et qui est admis par tout le monde, à savoir que les contrats (autres du moins que ceux étudiés dans notre deuxième partie) ne sont pas résiliés de plein droit par la faillite. Ici cette résiliation de plein droit n'aurait sans doute pas lieu immédiatement, elle serait subordonnée à l'attitude prise par le syndic, mais elle n'en constituerait pas moins une violation de l'article 1184, seule disposition légale qui régisse notre matière.

Toutefois, dans certains cas particuliers, peut-être sera-t-il possible d'admettre une résiliation sans intervention de justice (1).

Tout d'abord on pourrait être tenté de dire qu'il en sera

(1) Nous mettons à part les cas où il pourrait y avoir résiliation pour défaut de retirement, ce sont des cas sur lesquels nous nous expliquerons plus loin.

ainsi lorsque le syndic aura catégoriquement refusé de prendre le contrat à sa charge. Par là il se serait interdit, de demander jamais l'exécution du contrat et le co-contractant serait désormais en droit de se considérer comme déchargé de ses obligations. On aurait donc à distinguer suivant que le syndic aurait opposé un refus formel, ou se serait au contraire abstenu de répondre. Mais cette manière de voir serait inexacte (1). Dans notre droit en effet la partie qui n'a pas encore exécuté conserve le droit de le faire, et d'empêcher par là la résiliation jusqu'à ce qu'un jugement prononçant cette résiliation soit intervenu.

Il n'en est autrement que dans le cas où, en vertu d'une clause expresse du contrat, la résiliation devra avoir lieu de plein droit.

La distinction précédente ne peut donc être admise et nous croyons que l'une ou l'autre des parties est impuissante à elle seule, et uniquement par sa manière d'agir, à rompre le contrat. Il n'y a qu'un accord de volonté qui puisse produire ce résultat.

Aussi est-ce de ce côté que nous devrons tourner nos regards et rechercher si, entre le co-contractant et la masse, il y a eu *mutuel dissentiment*.

Il n'y aura aucune difficulté lorsqu'entre le syndic et le co-contractant il sera intervenu une convention expresse.

La validité d'une telle convention ne semble pas pouvoir être contestée. Le co-contractant qui, s'étant heurté aux refus de la masse, veut faire résilier son contrat, doit désirer échapper aux lenteurs et aux ennuis d'une instance

(1) Comp. Aubry et Rau, t. IV, p. 84 et 85.

judiciaire, il pourra donc s'entendre à cet effet avec le syndic qui n'aura généralement aucune raison de ne point se prêter à cette combinaison, et ils conviendront que le contrat passé jadis avec le failli est dès maintenant résilié.

108. — Mais peut-on suppléer à l'absence de convention expresse et induire des circonstances qu'il y a eu un accord de volontés, en vue de la résiliation ? Cela est plus délicat, cependant nous croyons qu'on doit admettre la possibilité d'un *mutuel dissentiment tacite*. C'est ainsi que pourront s'expliquer certaines décisions judiciaires, qui admettent la résiliation sans intervention de justice ; surtout étant donné, que les tribunaux doivent être forcément assez larges dans l'appréciation des faits impliquant l'intention de résilier. Dans une espèce jugée par le tribunal de commerce de Saint-Nazaire le 23 novembre 1893 (1), le syndic avait donné à la compagnie demanderesse le conseil de retirer les traites tirées sur le failli et alors en circulation ; le tribunal, bien que cela ne résulte pas absolument des considérants qu'il donne, a pu trouver là l'indice d'un mutuel dissentiment intervenu entre les parties.

Nous trouvons d'autre part dans un jugement du tribunal de commerce de Marseille du 11 janvier 1893 (2) le refus par le tribunal de voir dans certaines circonstances de la cause la preuve d'un accord des parties sur la résiliation du contrat. Il résulte de ce jugement, que le fait par le vendeur dans un marché à livrer d'avoir voté au concordat de l'acheteur, à raison des créances résultant de livraisons antérieures, ne saurait avoir pour effet d'im-

(1) *Journal des faillites*, 1894, p. 138.
(2) *Journal des faillites*, 1893, p. 483.

pliquer la résiliation des livraisons suivantes. Cela est assez naturel, il n'y a pas là un fait faisant supposer qu'il y a eu mutuel dissentiment ; tout, au contraire, le fait d'avoir accordé le concordat implique une certaine confiance de la part du vendeur.

Il paraît d'ailleurs qu'en pratique, les conventions avec le syndic relativement aux contrats en cours, sont très fréquentes, et c'est ce qui explique qu'on n'ait pas à recourir plus souvent à l'intervention de la justice. Lorsque la faillite éclate le co-contractant, sans même mettre en demeure, va trouver le syndic ; des pourparlers s'engagent, chacun défend ses intérêts, et en fin de compte, chacun désirant un règlement amiable, on arrive généralement à s'entendre, soit sur les conditions de continuation du contrat, soit au contraire sur sa résiliation.

Deuxième section. — *Le co-contractant ne prend aucune initiative* (1).

109. — Après tout ce qui vient d'être dit cette hypothèse ne saurait nous retenir longtemps.

Nous savons par ce qui précède que dans ces conditions le contrat subsiste, qu'il n'est point résilié, et que les deux parties conservent le droit de s'en prévaloir ; toutefois le co-contractant ne s'étant point encore exécuté (comme nous devons toujours le supposer dans cette troisième partie) il garde à l'encontre de la masse un moyen de défense, le droit de rétention.

Ce droit de rétention, la masse ne peut le lui enlever

(1) A cette hypothèse nous devons assimiler celle où le co-contractant, tout en ayant commencé par mettre le syndic en demeure, ne continue plus ses poursuites, s'arrête en route pour ainsi dire, et ne demande ni la résiliation de son contrat ni son admission au passif chirographaire.

qu'en exécutant elle-même les obligations incombant au failli, ou en donnant des garanties d'exécution à l'échéance, conformément à ce que nous avons établi dans notre troisième paragraphe (1).

110. — Cela ne peut faire aucun doute ; mais il est une question qui donne lieu à plus de difficultés, et que les décisions judiciaires semblent résoudre tantôt d'une façon, tantôt de l'autre, c'est la question de savoir : si la masse garde toujours le droit, en exécutant elle-même, d'exiger l'exécution de la part du co-contractant ; si elle n'est jamais déchue de ce droit pour ne pas l'avoir exercé assez tôt.

Pour nous, c'est sans hésiter que nous répondons à cette question. Le contrat n'étant pas résilié, la masse peut toujours s'en prévaloir, même si elle n'a pas manifesté dans un bref délai son intention de le faire, même s'il y a déjà longtemps que les obligations du co-contractant sont exigibles. Ce dernier n'est pas en droit de se considérer comme dégagé (2) ; et du moment, où il est poursuivi par le syndic, il doit s'acquitter de ses obligations ; s'il est hors d'état de les remplir il est passible, par là même de dommages-intérêts (3). Que d'ailleurs il ne se plaigne pas de la situation qui lui est faite ; il n'avait qu'à prendre ses précautions, qu'à demander la résiliation.

(1) Pour pouvoir exiger l'exécution la masse doit d'ailleurs donner ces garanties immédiatement, à l'instant même où elle met le co-contractant en demeure ; ainsi, en cas de faillite de l'acheteur le vendeur n'est tenu de livrer qu'après que la masse lui a donné caution. V. Rennes, 23 juin 1898, *Gaz. Pal.*, 1898.2.93.

(2) Il n'en serait autrement que si l'exécution offerte tardivement par la masse équivalait à une inexécution, si le contrat pour n'avoir pas été exécuté à l'échéance ne peut plus l'être utilement, s'il s'agit en somme d'une de ces obligations que les Allemands appellent *Fixgeschäfte*.

(3) Voir Bédarrides, t. III, p. 217.

C'est là un droit que nous lui avons reconnu d'une façon très large, qu'il pouvait invoquer, suivant nous, même avant l'expiration du terme, si le syndic refusait de lui donner des garanties ; dès lors, puisqu'il n'a pas voulu profiter des prérogatives qui lui appartenaient, il doit subir les conséquences légitimes de son inertie.

Plusieurs décisions judiciaires admettent cette solution (1), mais d'autres la repoussent, soit qu'elles confondent l'exercice du droit de rétention avec une résiliation définitive (2), soit qu'elles partent de ce principe, faux à à notre avis, que l'article 578 est une faveur accordée à la masse, et que, faute par elle de s'en être prévalue dans un certain délai, elle doit en être déchue, et dans l'impossibilité par là d'empêcher une résiliation, qui doit être considérée comme définitivement acquise (3).

Il y a là une théorie dont on ne trouve pas trace dans la loi commerciale et qui est en contradiction absolue avec tous les principes de notre droit en matière de résiliation.

Peut-être en législation y aurait-il lieu de l'adopter, mais il est impossible à l'interprète de la considérer comme actuellement en vigueur.

111. — Il y a pourtant un cas sur lequel nous devons nous expliquer maintenant et où, malgré l'inaction du

(1) V. notamment, Trib. comm. Seine, 3 août 1894, *Journal des trib. de comm.*, 1895, p. 287 ; Trib. comm. Seine, 14 février 1890, *Journal des faillites*, 1890, p. 169 ; Trib. comm. Seine, 3 avril 1884, *Journal des faillites*, 1884, p. 535 ; Cour de Douai, 22 mars 1886, *Journal des faillites*, 1886, p. 327.

(2) Voir notamment Ch. des Requêtes, 8 avril 1895, D. 1895.1.481. Cela est impliqué également, Cass., 16 février 1887, D. 1887.2.201 et Amiens, 3 juillet 1887, D. 1888.2.228).

(3) Voir en ce sens, Trib. comm. Havre, 30 mai 1888, *Journal des faillites*, 1888, p. 525 ; voir également Trib. comm. Seine, 15 avril 1893, *Journal des faillites*, 1893, p. 274.

co-contractant, la masse ne peut plus se prévaloir du contrat, lorsqu'elle a laissé passer l'échéance, sans l'exécuter elle-même et sans en réclamer l'exécution de la part du co-contractant. C'est que, précisément dans ce cas là, en vertu de la loi elle-même, la résiliation a lieu *ipso jure* (1).

Ce cas est celui prévu par l'article 1657 du Code civil : « En matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation au profit du vendeur après l'expiration du terme convenu pour le retirement. » Ainsi donc dans les ventes de choses mobilières *où il a été fixé un terme pour le retirement* (2), si le syndic laisse passer ce terme sans prendre livraison des marchandises, en payant le prix, ou en donnant caution, la vente est résiliée de plein droit.

Il faut reconnaître qu'il y a là une importante dérogation aux principes que nous avons précédemment posés, et l'on peut se féliciter de pouvoir échapper ainsi, dans un cas où cela était particulièrement nécessaire, aux lenteurs

(1) Ce n'est d'ailleurs pas la faillite qui produit cette résiliation *ipso jure* comme dans les hypothèses que nous avons étudiées dans notre 2e partie. Ici la faillite ne rompt pas par elle-même le lien juridique, c'est seulement l'inexécution à l'échéance qui produit ce résultat.

(2) D'après certains auteurs (Troplong, II, 679 ; Duvergier, 474) la résiliation aurait lieu de plein droit, même si le contrat ne contenait pas de terme pour le retirement, pourvu que le vendeur ait fait sommation à l'acheteur de retirer la chose vendue dans un délai déterminé, si d'ailleurs l'acheteur n'obtempérait pas à la sommation dans ce délai. Cela semble inexact, c'est contraire aux principes de l'article 1184 et c'est contraire également à l'esprit de l'article 1657. Comme le font remarquer MM. Aubry et Rau (t. IV, p. 395, note 3 *in fine*) « la résiliation de plein droit prononcée par l'article 1657 est moins la conséquence de la mise en demeure de l'acheteur, qu'un effet de l'intention présumée des parties, qui, en fixant un délai pour le retirement, sont censées avoir voulu laisser au vendeur la faculté de disposer à son gré des marchandises après l'expiration de ce terme ».

d'une instance judiciaire. Dans les ventes d'effets mobiliers et surtout de denrées où les cours sont susceptibles de varier beaucoup, il eût été désastreux, tandis que la baisse va peut-être s'accentuant tous les jours, d'obliger le vendeur à subir des retards occasionnés par une mise en demeure et une demande en justice.

112. — Malgré cela et bien que notre article se justifie surtout en matière commerciale, où la rapidité des affaires et la fluctuation des cours le rendent presque indispensable, on a soutenu qu'il ne devait être appliqué qu'aux ventes civiles (1). Ce sont les travaux préparatoires qui ont donné naissance à cette opinion, si contraire aux besoins pratiques. Dans son texte primitif l'article 1657 contenait le mot *marchandises*. M. Begouën en demanda la suppression en disant « qu'autrement on pourrait être tenté d'appliquer l'article au commerce, où cependant aucune vente n'est résiliée, sans que l'acheteur ait été mis en demeure de retirer les marchandises. Si l'on s'écartait de cet usage, on donnerait trop d'avantages au vendeur dans le cas où le cours des marchandises augmenterait ».

A la suite de cette motion, Cambacérès répondit : « Toute équivoque sera levée par le procès-verbal qui indiquera que l'article n'est point applicable aux affaires de commerce (2). » Et c'est ainsi que le mot marchandises fut supprimé.

S'il y a là quelque chose qui ait pu faire naître des doutes, il faut reconnaître néanmoins, que l'article 1657 est trop catégorique, trop général pour qu'on puisse le restreindre aux ventes civiles, le Code de commerce ne venant d'ail-

(1) Delamarre et Lepoitvin, t. IV, n° 244 et suiv. ; Bédarrides, n° 299 ; Pardessus, I, n° 288.

(2) Voir Fenet, XIV, p. 31 et 32.

leurs y apporter aucune dérogation. Les travaux préparatoires prouvent seulement que les rédacteurs du Code civil n'ont pas voulu préjuger de la question, ils ont voulu laisser au législateur commercial le soin de la résoudre. Ce dernier, en gardant le silence, a montré qu'il se référait à l'article 1657 et qu'il n'entendait pas en rejeter les principes (1).

D'ailleurs cette disposition de l'article 1657 n'est pas d'ordre public, il est loisible aux parties d'y déroger (2).

113. — Nous avons maintenant terminé notre analyse des différentes combinaisons, rendues possibles par l'attitude de la masse et celle du co-contractant. Par là nous avons terminé également notre étude des principes généraux relatifs à la résiliation. Mais il nous faut rechercher maintenant si ces principes généraux ne peuvent pas être mis en échec, par certaines clauses insérées dans le contrat lui-même. Autrement dit, nous avons supposé jusqu'ici un contrat, dans lequel la faillite de l'une des parties n'a pas été prévue, nous devons examiner maintenant quelle dérogation la volonté des parties est susceptible d'apporter aux effets normaux de la faillite. C'est ce qui va faire l'objet du paragraphe suivant.

(1) Voir en ce sens Lyon-Caen et Renault, t. III, p. 100, n° 121 ; Bravard et Demangeat, II, p. 426 et suiv. ; Renouard, t. II, p. 375 ; Troplong, n° 680 ; Ripert, *Vente comm.*, p. 189 et suiv., la jurisprudence est d'ailleurs fixée en ce sens (V. Cass., 6 juin 1848, S. 1849.1.65 ; Bordeaux, 1853, S. 1854. 2.394 ; Trib. comm. Le Havre, 29 mars 1897, *Recueil du Havre*, 1897.1.147 ; Trib. comm. Seine, 18 mai 1898 ; *Gaz. Pal.*, numéro du 24 août 1898. Voir toutefois en sens contraire Aubry et Rau, t. IV, p. 395, note 5, Pardessus, *Cours de dr. comm.*, II, 288 ; Maleville sur l'art. 1657 ; Duvergier, I, 475 ; Delamarre et Lepoitvin, *Contr. de commission*, III, 250 et suiv.

(2) V. Nancy, 22 juin 1897, *Gaz. Pal.*, 1897.2.251.

§ 7. — Des clauses dérogatoires aux principes précédents.

114. — Il est bien certain tout d'abord qu'on ne peut poser en principe, que toute clause prévoyant la faillite de l'une des parties, est par cela même une clause illicite. C'est donc à propos de chaque clause spéciale qu'il y a lieu de se demander, si elle est valable ou si elle ne l'est pas.

Mais on peut à cet égard donner des indications d'une portée générale.

Lorsque, dans un contrat, l'une des parties envisageant l'hypothèse où l'autre partie viendrait à tomber en faillite veut se prémunir contre certaines conséquences de cette éventualité, il y a deux combinaisons qui doivent particulièrement lui sourire.

115. — Tout d'abord (et c'est là la 1re combinaison) elle pourra songer à stipuler que son contrat se continuera de plein droit avec la masse. Par là elle échapperait à la loi du concours et n'aurait plus à redouter de résiliation de son contrat.

Une semblable clause qui aurait pour résultat de faire échec aux règles fondamentales de la faillite, qui permettrait à un créancier de se créer par convention un véritable privilège, ne peut certainement être admise. La masse, lorsqu'elle prend à sa charge les contrats conclus par le failli, agit en véritable tiers ; sa situation d'ayant cause ne lui imposait aucune obligation de ce genre ; aussi une telle clause ne peut-elle pas plus engager la masse qu'elle ne pourrait engager un tiers quelconque (comp. art. 1119). C'est d'ailleurs ce qu'a décidé le tribunal de commerce de la Seine dans un jugement du 4 mars 1885 (1). On lit dans

(1) *Journ. des Trib. de commerce*, t. 35, p. 55.

les considérants de ce jugement : « Attendu qu'une telle stipulation est sans effet au regard de la masse des créanciers qui, représentée par le syndic, constitue dans l'espèce une personne distincte de celle du failli ; qu'un commerçant ne saurait avoir qualité pour stipuler au nom et pour le compte de sa faillite future ; que la règle d'égalité aux pertes entre les créanciers fait d'ailleurs obstacle à ce qu'il soit créé d'avance, dans la prévision de la faillite, des causes arbitraires de préférence et que,de ce nouveau chef, la stipulation invoquée par la Compagnie la Seine doit être réputée non écrite. »

116. — Mais, si le paiement en dividende est une conséquence de la faillite à laquelle il est impossible de vouloir se soustraire par avance, il peut n'en pas être de même des incertitudes et des lenteurs auxquelles la faillite va donner naissance, relativement au sort définitif du contrat. Il est assez naturel que, pour les empêcher complètement, les parties conviennent que le contrat sera résilié de plein droit, en cas de faillite survenant avant l'exécution complète (1). C'est là la 2e combinaison à laquelle nous faisions allusion, elle sera en quelque sorte la contrepartie de celle que nous venons de déclarer nulle ; bien loin de stipuler que le contrat se continuera de plein droit avec la masse, les parties conviennent au contraire que la masse ne pourra jamais le continuer.

La question de savoir, si la validité d'une semblable clause peut être admise, n'est pas sans présenter de grosses difficultés.

117. — Sans doute la règle que le pacte commissoire

(1) C'est une clause qui se rencontre assez fréquemment dans les cahiers des charges des entreprises données par l'État. Nous y reviendrons du reste à propos de la vente et du louage.

n'opère pas de plein droit n'est pas une règle d'ordre public ; tout le monde reconnaît qu'on peut y déroger par convention spéciale, convenir que, faute par l'une des parties d'exécuter ses engagements, la résiliation aura lieu de plein droit et sans jugement à la suite d'une mise en demeure, par la simple échéance du terme (1). Mais dans le cas qui nous occupe il y a quelque chose de plus ; ce n'est pas seulement l'inexécution qui doit produire la résiliation de plein droit, c'est la faillite elle-même. On n'est plus absolument en présence d'un pacte commissoire expresse, c'est d'une condition résolutoire différente qu'il s'agit. Les parties qui peuvent affecter leurs contrats des modalités qui leur plaisent, qui peuvent convenir que leur contrat sera résilié si tel navire revient d'Asie, suivant l'exemple classique, conviennent ici que leur contrat sera résilié dans le cas où l'une d'elles viendrait à tomber en faillite.

Par l'effet de cette condition, les créanciers qui composent la masse ne pourront plus se prévaloir du contrat conclu par leur débiteur ; et toute la question est maintenant de savoir s'il y a là quelque chose, dont ils puissent se plaindre, quelque chose qui puisse constituer à leur préjudice la violation d'un principe d'ordre public.

118. — Nous ne le croyons pas.

En effet, si la masse peut invoquer les droits du failli, se réclamer des contrats, qu'il a passés, c'est qu'elle est avant tout une réunion d'ayants cause. Or un ayant cause, s'il peut exercer les droits de son auteur, ne peut les exercer que tels qu'il les trouve dans le patrimoine de celui-ci, en respectant notamment les conditions dont ils

(1) V. Aubry et Rau, t. IV, p. 84 et 85 et les renvois.

peuvent être affectés. Aussi d'une façon générale, la masse doit-elle souffrir les conditions résolutoires apposées par le failli et ne peut-elle plus rien prétendre, lorsque par l'effet d'une semblable condition, le droit de créance est sorti du patrimoine qui lui sert de gage.

Mais dans le cas qui nous occupe, ce qui fait la difficulté, c'est que la condition résolutoire doit produire son effet, juste au moment où le failli va être dessaisi, où la masse va exercer une main-mise générale sur tous les biens de son débiteur, où elle va cesser d'être uniquement ayant cause pour prendre à bien des égards la place d'un véritable tiers.

Au moment où la masse acquiert le droit de critiquer certains actes du failli, elle peut se refuser à en subir les conséquences, les tenir pour non avenues vis-à-vis d'elle. Nous ne croyons pas toutefois qu'elle puisse faire rien de semblable en ce qui concerne la condition dont il s'agit ici.

Il est certain qu'en raison des dispositions des articles 446 et 447 du Code de commerce, il arrive un moment où le *proximus decoctione* ne conserve plus sur son patrimoine tous les droits qui appartiennent normalement à la personne ; il n'est plus libre de disposer comme il l'entend des biens, qui lui appartiennent sans doute, mais qui constituent pour ses créanciers un gage qu'il ne doit pas compromettre.

Dans ces conditions, s'il venait, par un *mutuel dissentiment* par exemple, à abandonner les droits qu'un contrat antérieur avait mis définitivement dans son patrimoine, ses créanciers pourraient, dans certaines circonstances, attaquer un acte de ce genre et le faire annuler par application de l'article 447. Mais l'hypothèse qui nous occupe

est toute différente, c'est dans le contrat lui-même, passé, on le suppose, bien avant qu'il fût question de période suspecte, que la condition résolutoire a été insérée. A ce moment le commerçant qui devait tomber plus tard en faillite, était complètement *in bonis* ; il était libre de traiter ou de ne pas le faire, libre d'acquérir ou non certains droits. Lorsqu'il a conclu son contrat, il a bien acquis un droit de créance, mais comme rien ne l'obligeait à l'acquérir, il pouvait valablement convenir à cette époque que cette acquisition serait non avenue, considérée comme n'ayant jamais eu lieu, si telle ou telle circonstance venait à se produire. Cette circonstance, c'est sa propre faillite ; mais qu'importe. Dans notre droit la condition rétroagit : ce ne sera donc pas au jour de la faillite, si cette faillite éclate jamais, qu'il aura fait sortir un bien de son patrimoine ; mais c'est au jour de son contrat qu'il se trouvera n'avoir acquis aucun droit. La masse ne peut donc se plaindre, tout s'est passé à une époque où elle n'existait pas encore, où elle n'avait encore aucun droit.

119. — Et s'il s'agit d'un contrat successif et qu'il faille voir dans la clause en question non plus une condition résolutoire, mais une condition extinctive nous croyons que la solution doit être encore la même. Cela, nous le reconnaissons, peut être plus douteux, surtout lorsque la question se pose à propos du bail (1), mais malgré tout, bien qu'on ne puisse parler ici de rétroactivité de la condition, nous considérons, que c'est toujours à l'époque de la formation du contrat, qu'il faut se reporter, pour apprécier l'opposabilité à la masse des clauses de ce contrat. Or au moment où le contrat a été passé, le commerçant n'était

(1) Voir *infrà*, n° 174 et suiv.

pas en faillite, il avait sur son patrimoine les pouvoirs les plus absolus, aussi tout en acquérant un droit qu'il était libre de ne pas acquérir, pouvait-il, suivant nous, fixer pour l'expiration de ce droit tel terme qu'il lui convenait.

D'ailleurs s'il a pris pour terme sa propre faillite, que rien alors ne pouvait faire prévoir, ce ne doit pas être avec l'intention de frustrer ses créanciers ; il est bien plus naturel de croire, qu'il a été obligé d'en passer par les exigences du co-contractant et d'accepter une clause, sans laquelle ce dernier n'aurait point voulu traiter.

Aussi considérons-nous que, d'une façon générale, la clause qui nous occupe est opposable à la masse (1).

120. — Remarquons d'ailleurs combien il est nécessaire qu'il en soit ainsi. Le co-contractant peut avoir un intérêt très légitime à ce que son contrat soit résilié de plein droit par la seule survenance de la faillite. Nous avons supposé qu'il voulait simplement par là éviter toute incertitude sur le sort de son contrat ; il peut avoir à la résiliation immédiate un intérêt bien autrement respectable. C'est la personne du failli qu'il avait eu en vue en contrac-

(1) Toutefois la jurisprudence s'est prononcée plusieurs fois en sens contraire, comme nous le verrons plus tard à propos de la vente et surtout à propos du louage. Nous pouvons également citer un arrêt assez singulier de la Cour d'Amiens où notre manière de voir est repoussée (Amiens, 18 janvier 1896, D. 1896.2.265). Il s'agissait dans l'espèce d'un créancier qui avait fait à son débiteur une remise partielle de dette, mais à condition que celui-ci ne tombât pas en faillite avant le paiement intégral du solde. La Cour voulut voir dans cette convention un contrat synallagmatique ; auquel les règles de la faillite auraient empêché d'appliquer l'article 1184 du Code civil. Il y avait là une analyse inexacte : c'était bien d'une remise de dette conditionnelle qu'il était question. Quoi qu'il en soit, la Cour déclara que la condition n'était pas opposable à la masse. Cela nous paraît tout particulièrement inique dans l'espèce en question ; le créancier n'était pas obligé d'accorder à son débiteur une remise de dette, il consent néanmoins à le faire, moyennant une certaine condition ; il est inadmissible que la masse puisse se prévaloir de cette remise tout en violant la condition qui l'affecte.

tant ; c'est ce failli qu'il voulait avoir pour débiteur ; il doit pouvoir enlever à la masse le droit de se substituer à ce failli.

Il est de l'essence de certains contrats, le mandat, la société, par exemple, de reposer sur l'*intuitus personæ* ; aussi ces contrats, conformément à ce que nous avons dit dans notre seconde partie, sont-ils résiliés, *ipso jure* par la seule survenance de la faillite. Mais il doit en être de même de tous les contrats qui, sans appartenir à ces types généraux où la considération de la personne se rencontre forcément, présentent néanmoins en fait le même caractère, à raison de l'intention formelle des parties. Celui qui traite avec un commerçant doit pouvoir empêcher par l'avance, que ce commerçant soit jamais remplacé vis-à-vis de lui par un syndic de faillite ; il doit donc pouvoir stipuler la résiliation de plein droit.

Supposons, par exemple, un auteur sur le point d'achever un roman, il traite avec un éditeur qui s'engage à publier le roman en question. Dans un pareil contrat, qui se rapproche beaucoup de la vente, la considération de la personne de l'éditeur n'a pas forcément une importance capitale ; mais dans tel cas particulier l'*intuitus personæ* peut se rencontrer au premier chef : notre auteur peut tenir essentiellement à ce que son roman soit publié par la personne même, qu'il a choisie et qui lui apparaît comme particulièrement capable de *lancer* son œuvre ; c'est un soin qu'il peut parfaitement ne pas vouloir laisser à un syndic de faillite. Dès lors on devait lui reconnaître le droit d'insérer dans son contrat une clause de résiliation de plein droit en cas de faillite de l'éditeur (1).

(1) Voir en ce sens Blanc, p. 110 ; M. Pouillet, n° 348. Pour Renouard la faillite de l'éditeur produit la résiliation *ipso jure* du contrat.

C'est ainsi, que les conséquences du principe que nous avons posé, nous sont une nouvelle preuve de son exactitude.

121. — Dans les cas, que nous supposons toujours dans cette partie, c'est-à-dire les cas où il n'y a pas eu de transfert de propriété, le principe de la validité de notre clause est d'une vérité absolue ; mais il comporte quelques tempéraments lorsque le transfert de la propriété a déjà eu lieu.

La loi ne veut pas, en effet, que certains biens qui sont entrés d'une façon apparente dans le patrimoine du failli, et dont le failli devait passer, aux yeux de tous, comme propriétaire, puissent par suite d'une condition résolutoire, sortir du gage de la masse.

122. — Nous nous expliquerons sur ce point dans la partie suivante ; pour le moment nous nous bornons à une simple indication, et nous arrivons ainsi à la conclusion suivante : la condition « le contrat sera résilié de plein droit en cas de faillite » est une condition valable et opposable à la masse ; mais, par exception et en vertu d'autres principes, elle se trouvera paralysée si le contrat avait déjà fait entrer un bien d'une façon apparente dans le patrimoine du failli.

Prenons, par exemple, le cas d'une vente à livrer ; les parties avaient convenu qu'en cas de faillite de l'acheteur le contrat serait résilié de plein droit. Pour nous, cette condition est parfaitement valable, et si le vendeur n'a pas encore livré au jour du jugement déclaratif, la vente est résiliée et le syndic, même en offrant le prix intégral, ne peut demander l'exécution. Mais si, au contraire, le vendeur a déjà livré les marchandises vendues, alors on se heurte à d'autres principes, et la condition résolutoire reste sans effets.

Nous reviendrons plus en détail sur ce sujet lorsque nous traiterons plus spécialement de la clause dite clause *des marchés de Paris*, à propos de la vente.

123. — C'est d'ailleurs cette étude spéciale de la vente que nous allons aborder maintenant; car, après avoir posé les principes généraux dans le premier chapitre, nous devons, dans les chapitres suivants, faire l'application de ces principes aux contrats les plus importants. Nous commencerons par la vente et les promesses de vente, puis nous continuerons par l'assurance, le louage de choses, le bail et le louage de services.

CHAPITRE II

VENTE ET PROMESSE DE VENTE.

SECTION I. — Vente.

124. — Les principes que nous avons posés dans le chapitre précédent s'appliquent sans difficulté à la vente. Nous n'aurons donc à propos de ce contrat qu'à les rappeler rapidement.

D'ailleurs, comme nous n'étudions dans cette partie, que le cas où aucune question de résolution rétroactive ne peut se poser, nous laisserons de côté les ventes translatives de propriété, et notamment les ventes d'immeubles et ne devrons nous occuper ici que des ventes de marchandises *in genere* non encore individualisées (1).

Supposons donc une vente de cette espèce et prenons successivement le cas où c'est l'acheteur qui est en faillite, puis le cas où c'est au contraire le vendeur.

125. — I. *C'est l'acheteur qui est en faillite.* — Nous devons distinguer deux hypothèses, suivant que les obligations du vendeur sont échues ou ne le sont pas encore.

(1) Relativement à ces ventes qui n'ont encore produit aucun effet au moment de la faillite, on peut sans inconvénient employer indifféremment les termes de résolution ou de résiliation. Bien que l'expression de résolution soit théoriquement plus exacte en matière de vente, c'est néanmoins l'expression de résiliation que nous adopterons ici puisqu'aussi bien dans toute cette partie c'est le côté résiliation que nous avons en vue (Comp. *suprà*, n° 58).

126. — a) *Les obligations du vendeur sont échues.* — Il s'agit d'une vente en disponible, ou bien encore d'une vente à livrer dans laquelle le terme de livraison est expiré.

Dans ces deux cas, bien que ses obligations soient dès maintenant exigibles, le vendeur n'est pas tenu de s'exécuter. Si le syndic prétend obtenir livraison sans offrir un paiement intégral, le vendeur jouit du droit de rétention qui lui est expressément reconnu par l'article 577 du Code de commerce, et il en jouit encore même s'il a fait crédit à son acheteur (art. 1613, C. civ.).

127. — D'ailleurs, la vente n'est pas résiliée pour cela, notre vendeur ne se trouve pas dégagé de ses obligations ; il doit au contraire se tenir en mesure de les exécuter le cas échéant, et s'il ne peut le faire il sera passible de dommages-intérêts. La résiliation n'ayant pas lieu *ipso jure*, il n'a certainement pas le droit d'*exécuter son acheteur en Bourse*, c'est-à-dire de vendre en Bourse les marchandises qu'il devait livrer, et en prétendant avoir droit à la différence des cours, à titre de dommages-intérêts (1). S'il veut recouvrer sa liberté, il doit, ou bien s'entendre avec le syndic, ou bien faire prononcer en justice la résiliation de son contrat. Il n'en sera autrement que si la vente portant sur des denrées ou sur des effets mobiliers (et les ventes *in genere* ne peuvent guère avoir d'autre objet), il a été convenu d'un terme pour le retirement ; du moment que le syndic a laissé passer ce terme sans prendre livraison, cela suffit pour que le marché soit résilié de plein droit en vertu de l'article 1657.

(1) Voir sur la prohibition de l'exécution en Bourse : Tribunal de commerce de Marseille, 19 mai 1896, *Journal des faillites*, 1897, p. 444. La question des dommages-intérêts égaux à la différence des cours sera d'ailleurs étudiée dans notre cinquième partie.

128. — Tant que la résiliation n'est pas définitivement acquise, le syndic conserve la possibilité de conjurer cette résiliation et d'enlever au vendeur son droit de rétention. Muni de l'autorisation du juge-commissaire, il peut, en remplissant les obligations qui incombaient au failli, exiger que le vendeur remplisse les siennes. Si la vente a été faite au comptant, il pourra, en payant comptant le prix convenu, exiger la livraison ; si la vente a été faite à crédit, il aura le même droit vis-à-vis du vendeur, soit en donnant caution de payer à terme (art. 1613), soit en offrant encore un paiement immédiat ; et dans ce dernier cas d'ailleurs, il sera en droit, comme nous l'avons dit plus haut (1), de retenir sur le montant du prix l'escompte d'usage.

Ainsi donc, si le syndic n'est pas venu offrir au vendeur exerçant le droit de rétention, le paiement des marchandises suivant les conditions mêmes du contrat, le vendeur peut obtenir la résiliation (le cas de l'art. 1657 mis à part); il mettra le syndic en demeure de payer immédiatement, si la vente est au comptant, de lui donner des garanties suffisantes, si la vente est à crédit. Après refus du syndic, il aura droit à la résiliation.

129. — Mais c'est là un parti que rien ne le force à prendre. Après s'être heurté au refus du syndic, il a parfaitement le droit, tout en livrant les marchandises vendues, de produire à la faillite, et sans qu'il y ait lieu alors de distinguer entre la vente au comptant et la vente à crédit. C'est un droit qu'on doit lui reconnaître, même dans l'hypothèse de l'article 1657, car la résiliation de plein droit prononcée par cet article est établie en sa faveur, et il a le droit d'y renoncer.

(1) Voir *suprà*, n° 73.

130. — b) *Les obligations du vendeur ne sont pas encore échues.* — Il s'agit d'une vente à livrer dont le terme de livraison n'est pas encore expiré.

Si le vendeur, sans se préoccuper autrement du sort qui sera fait en définitive à son contrat, laisse passer le terme sans agir, on retombe dans l'hypothèse précédente ; il peut opposer le droit de rétention au syndic qui ne lui offrirait pas un paiement intégral, il peut même obtenir la résiliation ; mais tant que cette résiliation n'est pas définitive il demeure exposé aux poursuites du syndic, et il sera obligé de livrer, si le syndic paye immédiatement, ou donne caution de payer à l'échéance.

131. — Mais nous avons admis dans le chapitre précédent que le vendeur n'a pas à attendre l'arrivée du terme, qu'il peut prendre ses précautions afin de ne pas rester à la discrétion de la masse. Il peut donc, sous la menace d'une résiliation immédiate, mettre le syndic en demeure d'avoir à prendre à sa charge les obligations de l'acheteur. Le syndic doit se décider dans un délai assez bref, dans le délai raisonnablement nécessaire pour prendre l'autorisation du juge-commissaire, et ensuite, s'il y a lieu, pour chercher une caution.

132. — Si donc le syndic prend, dans ces conditions, au nom de la masse, l'engagement, garanti par des cautions, d'exécuter le contrat, comme l'acheteur aurait dû le faire lui-même, tout est terminé pour le moment. Le vendeur n'a plus aucune prétention à soulever ; tout ce qu'il pourrait faire, ce serait de critiquer la solvabilité de la caution qui lui est offerte, et si en se fondant sur ce motif il venait à introduire une demande en résiliation, ce serait au juge saisi de cette demande à apprécier la solvabilité de la caution proposée, conformément aux articles 2018 et 2019 du Code civil.

133. — D'ailleurs si, au jour de l'échéance, et malgré les garanties données, le syndic ne remplit pas les obligations qu'il a prises au nom de la masse, le vendeur a vis-à-vis de lui toutes les prérogatives du droit commun. Ainsi, si la vente était au comptant, il aura le droit de rétention, et ne sera obligé de se dessaisir que contre paiement du prix ; il pourra même, dans le cas où ce prix ne lui serait pas fourni, obtenir la résiliation de ce contrat et une résiliation avec dommages-intérêts (quel que soit d'ailleurs le parti qu'on prenne dans la célèbre controverse qui doit faire l'objet de notre dernière partie). Si la vente était à crédit, il n'a pu invoquer aucun droit de rétention, et il a dû livrer les marchandises ; mais s'il n'obtient pas son prix à l'échéance, il pourra exercer son privilège à l'encontre des autres créanciers de la masse, ou bien faire résilier la vente et obtenir des dommages-intérêts.

134. — Mais le syndic, au lieu d'obtempérer à la mise en demeure qui lui est faite, peut se refuser à prendre les engagements qu'on lui demande, ou bien il ne donne que des garanties insuffisantes, ou encore il laisse passer sans répondre le délai qu'on doit raisonnablement lui accorder. Dans ces diverses hypothèses le vendeur a droit à la résiliation immédiate sans être obligé d'attendre que le terme de livraison soit expiré. Mais s'il veut arriver à cette résiliation, il doit la faire prononcer par justice, à moins toutefois qu'il ne soit intervenu à cet égard un accord amiable avec le syndic.

135. — D'ailleurs, rien ne le force à demander cette résiliation ; il peut produire immédiatement pour son prix ; et alors il demeure obligé de livrer à l'échéance. Dans ce cas, les autres créanciers pourront même exiger qu'il donne des sûretés, une caution, par exemple, garan-

tissant cette livraison, et faute par lui de le faire, ils pourront s'opposer à ce qu'il touche immédiatement le dividende qui lui revient. S'il en est ainsi, ce dividende sera déposé à la Caisse des dépôts et consignations, et le vendeur ne pourra le toucher qu'après avoir effectué la livraison.

Les mêmes principes sont applicables aux marchés de fournitures qui, au lieu d'un seul terme de livraison, en comportent plusieurs, échelonnés à des intervalles déterminés, Pour toutes les livraisons à venir, les droits des parties sont fixés conformément à ce qui précède. Pour les livraisons déjà opérées et dont le prix n'est pas encore payé, ce sont les principes que nous étudierons dans la partie suivante qui leur sont applicables. Disons tout de suite que, d'une façon générale, le vendeur n'aura pour ces livraisons déjà effectuées que le droit de produire à la faillite ; c'est seulement pour l'avenir qu'il pourra faire résilier.

136. — II. *C'est le vendeur qui est tombé en faillite.* — Les principes sont toujours les mêmes. L'acheteur peut exiger, sous la menace d'une résiliation, une exécution immédiate ou des garanties d'exécution à l'échéance. Si le syndic ne fait pas droit à la demande de l'acheteur, celui-ci peut obtenir la résiliation. D'ailleurs il reste toujours libre, en payant son prix, de produire à la faillite. Nous disons produire à la faillite car il ne peut exiger la livraison. Le syndic peut bien,avec l'autorisation du juge-commissaire, opérer cette livraison, pour enlever à l'acheteur tout droit de résiliation ; mais il n'est jamais obligé de le faire, et s'il s'y refuse, l'acheteur est sans droit pour l'y contraindre : il ne peut que faire résilier ou produire (1).

(1) Voir ce qui a été dit plus haut nos 97 et 98.

Si c'est ce dernier parti qu'il adopte, la seule question qui se pose est de savoir comment se fera cette production.

Suivant nous, l'acheteur devra produire pour la valeur des marchandises au jour du jugement déclaratif. Nous prenons cette date parce que c'est au moment du jugement déclaratif que sont fixés les droits des créanciers ; c'est à ce moment qu'en raison de la déchéance du terme, l'acheteur peut venir dire aux autres créanciers : voilà ce qui m'est dû, ce sont des marchandises qui aujourd'hui valent tant.

137. — *Ventes de choses incorporelles. — Ventes d'immeubles.* — Ce qui précède ne suppose pas forcément des choses corporelles ; les mêmes principes seraient applicables aux ventes de choses incorporelles à supposer que ces ventes ne soient pas translatives de propriété ; mais c'est là une hypothèse assez difficile à imaginer. Aussi est-ce dans la partie suivante que nous nous occuperons spécialement de ces ventes. C'est là que nous étudierons la vente des fonds de commerce, des brevets d'invention etc. ; c'est là également, et pour les mêmes raisons, que nous nous expliquerons sur les ventes d'immeubles.

138. — *Clauses de résiliation de plein droit.* — Nous nous sommes expliqué déjà dans le chapitre précédent sur la clause « le contrat sera résilié de plein droit en cas de faillite de l'une des parties », nous n'avons donc pas à y revenir. Nous avons admis d'une façon générale la validité d'une semblable clause, il n'y a aucune raison de faire exception pour la vente. Les parties pourront donc convenir que leur marché sera résilié de plein droit par l'événement de la faillite, et l'on comprend parfaitement que, dans les marchés de fournitures en par-

ticulier, elles adoptent une condition de ce genre. Il peut être important pour le vendeur de se prémunir contre certaines lenteurs ou certaines surprises possibles. Il est très légitime qu'il veuille éviter les mises en demeure, les instances judiciaires, et surtout l'éventualité des poursuites auxquelles il resterait exposé s'il négligeait de faire résilier son contrat.

139. — Il est assez difficile de savoir en quel sens se prononce la jurisprudence. Les décisions intervenues sont toutes relatives à la clause dite *clause des marchés de Paris*. Or cette clause contient une double stipulation : 1° la vente sera résiliée de plein droit par la faillite de l'acheteur ou plutôt par la cessation de ses paiements ; 2° cette résiliation emportera pour le vendeur droit à des dommages-intérêts, ces dommages-intérêts étant calculés d'après le cours du lendemain. Voici d'ailleurs le texte adopté dans les règlements de la place de Paris sur les sucres, alcools, blés et farines 12 marques : « Au cas de cessation ou même de suspension notoire des paiements de l'une des parties contractantes, la résiliation des affaires engagées aura lieu obligatoirement au cours moyen des prix pratiqués le lendemain du jour où la suspension a été annoncée. »

Cette clause, la jurisprudence la déclare nulle (1), mais il ne faudrait pas en conclure qu'elle prohibe toute clause de résiliation de plein droit, car si elle annule la clause des marchés de Paris, c'est en raison de la stipulation relative aux dommages-intérêts qu'elle considère comme

(1) Voir en ce sens : Cour de Douai, 29 mai 1893, *Journal des faillites*, 1893, p. 407. Voir en sens contraire : Tribunal de commerce de la Seine, 9 avril 1894, *Journal des tribunaux de commerce*, 1895, p. 226 ; V. *infrà*, n° 329 et les références en note sous ce numéro.

contraire à la loi des faillites. D'après la jurisprudence, en effet, la loi des faillites refuse au vendeur tout droit à des dommages-intérêts pour résiliation. C'est là une question que nous étudierons dans la quatrième partie où nous retrouverons la clause des marchés de Paris (1).

Section II. — **Promesse de vente et promesse d'achat** (2).

1° *Promesse unilatérale de vente.*

140. — Primus a fait à Secundus une promesse de vente ; il s'est engagé à vendre un immeuble 10.000 francs à Secundus, si celui-ci dans un délai donné, un an par exemple, se décide à l'acheter. Quelle influence la faillite de l'une des parties peut-elle exercer sur ce contrat ? Nous disons contrat, car il est bien entendu que Primus n'est obligé par sa promesse que si elle est relevée par Secundus, s'il est intervenu entre eux un accord de volontés à cet égard.

Prenons d'abord le cas où c'est Secundus, le stipulant, qui tombe en faillite ; nous nous occuperons ensuite de la faillite du promettant.

141. — a) *Le stipulant est tombé en faillite.* — Il s'agit d'abord de savoir si par suite de la faillite le contrat va être résilié, si le promettant est par là même dégagé de ses obligations.

En somme il y aurait peut-être autant de raisons qu'en

(1) V. *infrà*, n° 327.

(2) Les promesses unilatérales de vente ou d'achat n'étant jamais translatives de propriété, nous avons à les étudier ici, bien qu'elles soient relatives à des aliénations immobilières. Quant aux promesses synallagmatiques, comme elles sont translatives de propriété, c'est dans la partie suivante que nous verrons les principes qui leur sont applicables.

matière d'ouverture de crédit d'admettre une résiliation de plein droit. Mais, pour l'ouverture de crédit, nous pouvions, en faveur de la résiliation *ipso jure*, invoquer les usages du commerce, tandis qu'il n'en est plus de même ici ; le contrat qui nous occupe maintenant ne se présente pas assez fréquemment dans la pratique pour que des usages bien certains aient pu s'établir ; d'ailleurs les promesses de vente ne supposent peut-être pas au même titre l'*intuitus personæ*. La résiliation de plein droit est repoussée par un arrêt de la Cour de Douai du 30 juillet 1883 (1).

Nous ne croyons même pas que le promettant puisse, en se fondant sur l'insolvabilité présumée du stipulant, se faire décharger de ses obligations. Il est bien vrai qu'il y a peut-être moins de chance désormais pour que la vente ait lieu, mais enfin elle n'est pas devenue impossible puisque la masse peut se prévaloir de la promesse faite au failli ; et comme d'autre part le promettant a accepté par avance l'incertitude pendant tout le délai fixé, comme il ne peut rien réclamer de la contre-partie (qui est libre de laisser passer ce délai sans se porter acquéreur), il n'y a aucune raison pour l'autoriser à se faire délier de sa promesse. On ne peut pas, d'ailleurs, invoquer ici la déchéance du terme, pour prétendre que le syndic perd tout droit au bénéfice de la promesse s'il ne se prononce immédiatement. La déchéance du terme, en effet, n'a lieu qu'au profit des créanciers qui produisent au passif : or, c'est là, bien évidemment, une chose que le promettant ne peut pas faire.

Le promettant reste donc tenu pendant tout le délai ; et

(1) Dal., *Rép. Supp.*, V° *Faillite et liquid. judic.*, n° 426.

par suite le syndic, avec l'autorisation du juge-commissaire, peut, moyennant le paiement intégral du prix convenu, exiger qu'on passe vente (1). Il peut également céder à un tiers le bénéfice de la promesse, c'est là un droit que lui reconnaît formellement l'arrêt de Douai précité du 30 juillet 1883.

142. — b) *C'est le promettant qui tombe en faillite.* — Dans ce cas, cela va de soi, le promettant, bien qu'en faillite, reste exposé aux poursuites du stipulant, qui peut se prévaloir de la promesse. Si le stipulant n'agit pas, le contrat reste lettre morte ; le syndic qui ne peut jamais obliger ce stipulant à se porter acquéreur, ne peut avoir le droit d'exécuter intégralement ; c'est un droit qu'il a en cas de vente, parce que cela lui permet d'exiger du co-contractant l'exécution d'un contrat avantageux pour la masse ; mais ici il n'en est pas de même ; la loi du dividende s'impose d'une façon absolue. Si donc le stipulant veut se prévaloir de la promesse, il doit payer son prix et produire à la faillite pour la valeur de l'immeuble (2).

(1) Nous admettons que la masse a toujours le droit de se prévaloir des promesses faites au failli ; elle doit pouvoir acheter, en cas de promesse de vente, et vendre, en cas de promesse d'acheter. La seule question qui puisse se poser est de savoir quelles autorisations le syndic doit avoir pour accomplir de semblables opérations, qui, sortant du cadre de ses attributions ordinaires, n'ont pas été spécialement prévues par le législateur. S'il s'agit pour la masse de se porter acquéreur, nous serions assez porté à croire que l'autorisation du juge-commissaire doit suffire ; il semble bien, en effet, que ce soit là en principe la seule condition imposée au syndic qui veut invoquer des contrats antérieurs. Lorsqu'il s'agit de vendre, il vaut peut-être mieux adopter le système généralement admis pour les ventes avant union : le syndic devra obtenir, outre l'autorisation du juge-commissaire, le consentement personnel du failli et l'autorisation du tribunal de commerce de la faillite. La vente aura d'ailleurs lieu suivant les formes requises pour une vente de biens de mineurs (Voir Thaller, p. 1040).

(2) Notons toutefois qu'il en serait autrement, et que le stipulant moyen-

Dans des cas exceptionnels il pourra avoir intérêt à le faire ; il est possible, en effet, que l'immeuble ait augmenté de valeur dans des proportions considérables en raison par exemple du percement d'une rue.

2° *Promesse unilatérale d'achat.*

143. — Primus a promis à Secundus de lui acheter un certain immeuble pour 10.000 francs, si dans un délai déterminé Secundus se décide à lui vendre.

144. — a) *C'est le stipulant Secundus qui tombe en faillite.* Alors le promettant n'est pas pour cela déchargé de son obligation ; et si la masse, invoquant la promesse faite au failli se décide à vendre, il devra payer les 10.000 francs promis (1).

145. — b) *C'est le promettant Primus qui tombe en faillite.* Secundus n'a pas à demander la résiliation, il n'a qu'à ne pas agir ; s'il veut se prévaloir du contrat, vendre son immeuble, libre à lui, mais il ne pourra que produire à la faillite pour les 10.000 francs à lui promis et il n'en sera payé qu'en monnaie de faillite.

nant le paiement du prix, aurait le droit de revendiquer l'immeuble, si l'on admettait que la promesse unilatérale de vente opère un transfert de propriété sous une condition suspensive, cette condition étant que le stipulant déclare sa volonté d'acheter et de transformer la promesse de vente en vente véritable. Mais cette manière de voir est généralement repoussée ; elle confond avec une condition suspensive un élément nécessaire à l'existence même de la vente. On considère généralement, comme nous l'avons fait au texte, que la promesse unilatérale de vente, tant que le stipulant n'a pas déclaré sa volonté d'acheter, ne donne à l'encontre du promettant qu'un droit de créance, un *jus ad rem obtinendam* (Voir en ce sens Aubry et Rau, t. IV, § 345, p. 334).En ce sens également, Nancy, 2 mars 1889, S. 1890.2.127. Comparez, Demolombe, t. II, p. 308.

(1) Voir l'avant-dernière note.

CHAPITRE III

ASSURANCES.

146. — Nos principes généraux trouvent leur entière application en matière d'assurances. Ils sont d'ailleurs consacrés d'une façon formelle par l'article 346 du Code de commerce. Cet article, il est vrai, ne vise spécialement que les assurances maritimes, mais tous les auteurs sont d'accord pour l'étendre à toutes les autres assurances (1). Pour nous cela fait d'autant moins de difficultés que cet article 346 n'est que l'expression du droit commun.

147. — Nous n'avons à nous occuper que du cas où l'assurance contractée avant la faillite est encore en cours. Il faut supposer qu'au jour de la faillite, aucun sinistre n'est encore arrivé, et d'autre part que le risque continue à courir, que le navire, par exemple, n'a pas encore terminé le voyage. Si le sinistre a eu lieu avant la faillite de l'assureur, l'assuré n'aura qu'une simple créance pour laquelle il produira au passif chirographaire ; mais alors il y aura lieu de se demander, pour le cas où la prime n'aurait pas été payée (2), s'il peut y avoir compensation jus-

(1) Voir en ce sens : Vincens, livre III, chap. XIII, n° 1; Grün et Joliat, n° 332 ; Agnel et de Corny, n^{os} 236 et 634.

(2) Autrefois la prime se payait lors de la signature de la police ; l'ordonnance de 1681, livre III, titre 6, portait : « La prime ou coût de l'assurance sera payée en son entier lors de la signature de la police ». Mais depuis longtemps en matière maritime cet usage est abandonné ; l'assureur fait généralement crédit à l'assuré pendant un an ou même davantage. Au contraire, l'usage du paiement d'avance s'est maintenu pour les

qu'à due concurrence entre cette prime et l'indemnité due à l'assureur ; c'est là une question qui sort du cadre de notre étude et que nous laissons de côté (1). Si d'autre part le risque a pris fin avant la faillite de l'assuré, l'assureur est seulement créancier de la prime et produira à la faillite pour le montant de celle-ci (2).

Supposons donc qu'au moment où la faillite éclate l'assurance soit encore en cours ; nous pouvons, en raison de l'article 346 et des principes que nous avons posés dans le chapitre premier, formuler les propositions suivantes :

148. — *a*) Le contrat n'est pas résolu de plein droit. La jurisprudence est sur ce point d'accord avec les auteurs (3).

b) La contre-partie du failli peut sous la menace d'une résiliation exiger une caution. Cela est formellement dit par l'article 346 (4).

c) Le syndic peut donner caution et continuer le contrat. Dans ce cas l'obligation de payer la prime ou d'indemniser en cas de sinistre devient dette de la masse (5).

assurances contre l'incendie et sur la vie. Les polices d'assurances sur la vie contiennent même généralement une clause, en vertu de laquelle l'assurance ne devra prendre naissance qu'après le paiement de la prime de l'année, ou si la prime a été fractionnée, de la fraction convenue de cette prime. Voir Lyon-Caen, t. VI, p. 416.

(1) Voir Persil, n° 190.

(2) Notons toutefois que dans les assurances maritimes la créance de la prime est privilégiée, art. 191-10, C. comm.

(3) Voir notamment : Douai, 23 février 1826, D. 1828.1.306 ; Paris, 21 août 1850, D. 1854.5.358 ; Cass. Requêtes, 22 avril 1879, D. 1880.1.25 ; Tribunal civil de la Seine, 23 décembre 1873, *Journal général des assurances terrestres*, III, p. 180 ; Bonneville de Marsangy, 1re partie, p. 5 ; Alauzet, titre II, n° 515 ; Pardessus, titre III, n° 596-2 ; Ruben de Couder, V° *Assurances terrestres*, n° 329.

(4) Comparez : Seine, 8 janvier 1868, *Journal des assurances*, 1871, p. 70; Seine, 9 octobre 1880, *Journal des assurances*, 1880, p. 489.

(5) Lyon-Caen, t. VII, p. 455.

d) Si la masse représentée par le syndic ne veut point continuer le contrat et donner caution, le co-contractant peut demander la résiliation. Mais il n'y a que dans ce cas qu'il peut obtenir la résiliation. Suivant nous, en matière d'assurances comme dans tous les contrats, la masse a toujours le droit de conjurer la résiliation, en exécutant elle-même conformément aux termes du contrat.

Le texte de l'article 346 pourrait seul faire naître quelque difficultés à cet égard. En effet, si l'on s'attache à son sens grammatical, il semble dire que le co-contractant a toujours une option entre la demande de caution et la demande de résiliation ; par suite il aurait droit à la résiliation, même si la masse prenait le contrat à sa charge et donnait caution. Cela constituerait une exception injustifiable aux principes ordinaires. Il semble bien certain que les expressions employées par le législateur ont trahi sa pensée ; ce n'est qu'à défaut par le co-contractant d'obtenir caution que celui-ci pourra faire résilier le contrat. C'est maintenant l'interprétation généralement admise (1). Nous devons d'ailleurs reconnaître, qu'en fait la question n'a pas grand intérêt,car les polices contiennent généralement des clauses spéciales en vertu desquelles la résiliation ne pourra être demandée qu'à défaut de caution fournie par le syndic (2).

e) En principe la résiliation doit être prononcée par justice. D'ailleurs lorsqu'il y a résiliation,la prime est due à proportion du temps pendant lequel l'assurance a subsisté dans le passé.

(1) Voir notamment : Paris, 10 mars 1825, D. A. *Assurances*, n° 285 et dans Bonneville de Marsangy, 2e partie, p. 3 ; Grün et Joliet, nos 330 et 332 ; Boudousquié, nos 371 et 372 ; Quesnault, nos 387 et 388 ; Persil,n° 225 ; Boistel, n° 1364. Voir toutefois en sens contraire Lyon-Caen, t. VI, n° 1441.

(2) Voir l'article 27 des polices françaises d'assurances sur corps.

f) C'est au co-contractant qu'il appartient de demander la résiliation, et tant qu'il ne l'a pas demandée le contrat subsiste (1), la prime continue à courir, mais le paiement n'en est dû que pour la portion échue (2) au jour de la demande en résiliation de l'assurance (3).

149. — Ces différentes propositions trouvent leur application, que ce soit l'assureur ou que ce soit l'assuré qui tombe en faillite (4).

D'autre part, elles ne sont pas spéciales à la faillite, elles restent vraies en matière de liquidation judiciaire où il y a évidemment identité de motifs. L'article 24 de la loi du 4 mars 1889 ne laisse d'ailleurs aucun doute à cet égard.

Enfin si la faillite n'est pas déclarée, s'il y a seulement faillite de fait, état de cessation de paiements, on reconnaît généralement que les mêmes principes doivent être admis.

Pour la jurisprudence, c'est une conséquence naturelle

(1) Voir Tribunal de la Seine, 23 décembre 1873 ; de Lalande, n° 848 et les références citées à l'avant-dernière note. Voir en outre à propos d'une prétendue dérogation à cette règle : Paris, 5 février 1859, D. 1860.2.20.

(2) Tribunal de commerce de la Seine, 20 décembre 1854, *Journal des tribunaux de commerce*, t. 66, p. 487.

(3) Théoriquement le co-contractant, en cas de refus de la masse d'entretenir le contrat, pourrait au lieu de demander la résiliation produire à la faillite. Mais pratiquement c'est une hypothèse tout à fait invraisemblable. On ne peut guère supposer en effet que l'assuré, par exemple, en cas de faillite de l'assureur veuille produire à la faillite de celui-ci pour le montant de la créance conditionnelle en indemnité dont il est titulaire. En effet par là il s'engagerait à servir exactement les primes au fur et à mesure de leur échéance, pour ne toucher en cas de sinistre qu'un simple dividende qui serait mis en réserve pour lui, et que les autres créanciers devraient donner caution de lui verser au jour de l'arrivée de la condition (Voir Thaller, *Traité de droit commercial*, p. 929 et 930, où cette hypothèse est spécialement envisagée.

(4) Pratiquement si c'est l'assureur qui tombe en faillite, il ne donnera pas caution, il cédera son contrat : c'est la cession de portefeuille.

de sa théorie sur les faillites de fait (1). C'est une question qui est généralement prévue par les polices et tranchée dans le sens que nous venons d'indiquer (2).

Nous devons examiner maintenant les clauses dérogatoires les plus fréquentes ; elles émanent généralement des compagnies qui, dans leur intérêt propre, les inscrivent dans les polices.

150. — *Clauses dérogatoires.* — Les polices ne contiennent généralement pas de clause de résiliation de plein droit pour le cas de faillite de l'assuré ; mais une clause fréquente est celle qui dispense la compagnie de faire prononcer la résiliation en justice au cas où la faillite de l'assuré ne donnerait pas caution. C'est ainsi qu'en vertu de l'article 27 des polices françaises d'assurances sur corps, l'assureur peut, par une simple *notification*, annuler toutes assurances en cours, dès que la sommation, qu'il a faite à l'assuré d'avoir à payer ou à fournir caution dans les vingt-quatre heures, est restée infructueuse.

151. — Dans les polices d'assurances terrestres on rencontre souvent la clause suivante : « L'assuré, au cas où il viendrait à cesser ses paiements, devra, à peine *de déchéance du bénéfice de l'assurance*, en faire déclaration immédiate à l'assureur au moyen d'un avenant. » L'assureur, en effet, a le plus grand intérêt à connaître la cessation des paiements ; il faut qu'il puisse prendre ses précautions en conséquence, exiger des garanties, faire résilier le contrat si ces garanties lui sont refusées. De plus, il peut considérer que le désordre des affaires de l'assuré est de nature à augmenter les risques.

(1) En ce sens Lyon-Caen, VI, n° 1441. Tribunal de paix d'Oran, 5 décembre 1894, *La Loi*, numéro du 12 décembre 1894.

(2) Polices françaises d'assurances sur corps (art. 27) et sur facultés (art. 61).

Cette clause — avec la sanction énergique qu'elle comporte — est déclarée licite par la jurisprudence (1).

152. — On admet même que la déchéance résultant de cette clause est encore encourue par l'assuré alors que la cessation de ses paiements est un fait de notoriété publique (2). Cela est en somme assez naturel ; la faillite peut être de notoriété publique sans que pour cela l'assureur en ait connaissance ; s'il insère la clause en question, ce doit être précisément pour éviter d'avoir à se tenir lui-même à l'affût des renseignements, d'avoir à contrôler lui-même les bruits qui circulent sur la place. Mais il nous semble que la solution devrait être différente si l'assuré établissait qu'en fait la cessation de ses paiements était connue de l'assureur qui lui a malgré tout continué sa confiance (3).

Il est bien certain qu'avec une semblable clause l'assuré ne pourra être obligé de payer les primes échues depuis la faillite que si l'assureur a fait connaître au syndic son intention de maintenir l'assurance (4). Mais supposons que l'assuré n'ait pas pris cette précaution, que sans avoir fait aucune déclaration il ait payé les primes : d'après certaines décisions judiciaires (5), la déchéance est encourue malgré tout par l'assuré, toutes les fois du moins qu'il ne peut pas établir que l'assureur ne connaissait pas l'état

(1) Voir notamment : Rouen, 22 janvier 1856, Bonneville de Marsangy, 3e partie, p. 53 ; Bordeaux, 23 août 1876, D.1878.2.52 ; Cassation, 10 juillet 1877, S. 1878.1.351. Comp., Cour de Besançon, 26 juillet 1895, *Journal des faillites*, 1896, p. 361.

(2) Bordeaux précité, 23 août 1876, D. 1878.2.52.

(3) Voir en ce sens : Nancy, 12 novembre 1889, *Gazette du Palais*, 27 décembre 1889.

(4) En ce sens : Tribunal de commerce de la Seine, 13 mai 1882, *La Loi* du 9 juillet 1882.

(5) Tribunal de commerce de la Seine, 29 octobre 1884, *Journal des faillites*, 1885, p. 141, et *Journal des tribunaux de commerce*, t. XXXIV, p. 1119.

de faillite. C'est qu'en effet le fait par l'assureur de recevoir le paiement de ces primes ne peut impliquer son intention de continuer le contrat, que s'il les reçoit en connaissance de cause, sachant que l'assuré est en état de cessation de paiements. Si aucune déclaration ne lui a été faite, si on n'établit pas qu'il était au courant de la situation, le fait par lui d'accepter les primes ne peut indiquer de sa part l'intention de renoncer à la clause. Il est vrai qu'alors les primes ayant été payées, on ne voit pas bien en quoi l'assureur peut se plaindre de n'avoir pas été prévenu, mais on peut dire que la clause étant formelle, il faut bien l'appliquer, d'autant plus qu'à la cessation des paiements peut correspondre, aux yeux de l'assureur, une augmentation de risques.

Assurances sur la vie.

153. — Nous devons maintenant prendre en particulier les assurances sur la vie pour résoudre certaines questions qu'elles soulèvent et qui ne se rencontrent pas dans les autres assurances.

Nous aurons à nous demander si, en cas de faillite de l'assuré, la masse représentée par le syndic peut entretenir un semblable contrat, puis nous devrons rechercher les droits qu'il convient de reconnaître à la masse. Après la rupture du contrat peut-elle exiger le rachat de la police ? Ou est-elle obligée de laisser la réduction s'opérer ? Enfin il nous faudra dire un mot du cas où c'est la compagnie d'assurances qui est tombée en faillite.

154. — *En cas de faillite de l'assuré, le syndic peut-il continuer le contrat* ? — Il faut d'abord bien préciser dans quelles conditions une semblable question peut s'élever. Si l'assurance a été contractée au profit d'une tierce per-

sonne, qui l'a d'ores et déjà acceptée, le montant de l'assurance ne peut tomber dans le gage des créanciers ; ceux-ci n'ont donc pas à se préoccuper du contrat et il ne les regarde pas. Au contraire, si l'assurance a été contractée par le failli pour lui ou pour ses héritiers, ou encore pour une tierce personne qu'il se réserve de désigner ultérieurement et qui ne l'a pas été encore, le bénéfice de cette assurance fait partie du patrimoine du failli, est un élément du gage de ses créanciers et c'est alors que notre question peut se poser.

La masse, pour conserver le droit de toucher, à la mort de l'*assuré* ou au terme indiqué par lui, le montant du capital assuré, peut-elle prendre à sa charge l'obligation de servir les primes ? Ou peut-elle encore céder le contrat à un tiers qui, moyennant le paiement des primes, aura droit de toucher le capital à l'échéance fixée ?

Nous croyons que l'assurance sur la vie, à raison de son caractère même, à raison des sentiments d'ordre tout intime qu'elle met en jeu, ne peut relever que de la volonté de l'assuré lui-même ; si bien qu'on doit, en ce qui la concerne, prohiber toute immixtion du syndic. C'est là une idée que nous aurons à développer un peu plus loin, à propos du *rachat* ; mais relativement à la question actuelle, une autre raison, et des plus puissantes, vient mettre obstacle à la continuation du contrat par le syndic.

En effet, les polices françaises d'assurances sur la vie contiennent toutes un article spécial portant qu'on ne peut contracter une assurance sur la tête d'une personne sans le consentement de celle-ci. D'ailleurs, le gouvernement qui a conservé, même depuis la loi du 24 juillet 1867, la surveillance des compagnies d'assurances sur la vie, exige toujours l'insertion dans la police de l'article précédent.

On ne veut pas qu'un individu puisse de lui-même se créer un intérêt au prédécès d'une autre personne (1). Dans ces conditions,il n'est pas douteux qu'on doive refuser à la masse d'entretenir une assurance reposant sur la tête du failli (2) ; du moins elle ne pourra le faire qu'avec l'autorisation de celui-ci (3). Pour les mêmes raisons, on doit défendre au syndic de continuer le contrat d'assurances sur la vie conclu par le failli (4).

155. — *Droits de la masse après la résiliation.*

Supposons donc que le contrat ne soit entretenu ni par le failli, ni par le syndic, autorisé du failli; dans ces conditions, le contrat est résilié. Nous devons rechercher maintenant les conséquences de cette résiliation, car tandis que, dans les autres assurances, l'assuré n'a plus aucun droit après la résiliation, on sait qu'il n'en est plus de même dans les assurances sur la vie.

En effet, dans ces assurances, l'assuré qui cesse de payer les primes (pourvu qu'il les ait payées pendant trois ans) a, d'une façon générale, deux droits entre lesquels il peut opter : il peut, ou bien exiger le rachat, ou bien laisser

(1) Voir sur ce point une note de M. Labbé sous un arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 16 juillet 1884, S. 1886.2.201.

(2) Notons d'ailleurs qu'il est possible que le failli lui-même continue l'assurance ; il peut payer la prime annuelle au moyen de ressources qui échappent à l'action des créanciers : une pension alimentaire par exemple. Dans ce cas,les syndics ne peuvent s'opposer à la continuation de l'assurance ; et d'autre part, il est hors de doute que la masse ne peut avoir aucun droit au capital assuré jusqu'au jour du décès de l'assuré. Agen, 22 novembre 1880, D. 1882.2.221.

(3) Voir en ce sens une note de M. Lyon-Caen au S. 1886.2.225,sous un arrêt de Rouen du 18 janvier 1884. En sens inverse : Paris, 5 mars 1873, D. 1874.2.104 ; Cassation Req., 22 avril 1879, S. 1880.1.101. Comp. Nancy, 23 mars 1873, S. 1873.2.109.

(4) Voir en ce sens : Mornard, *Contrats d'assurances sur la vie*, p. 321 ; Couteau, *Traité des assurances sur la vie*, t. II, nos 313 et 449 ; Foy, *Code des assurances sur la Vie*, no 125.

opérer la réduction. Dans les autres assurances, les primes payées chaque année sont le prix du risque couru pendant ce temps ; par suite, au jour de la résiliation, toutes les sommes payées pendant ce temps sont valablement acquises à la compagnie et il ne peut en réclamer aucune partie.

156. — Dans l'assurance sur la vie, bien qu'elle ne soit, elle aussi, qu'une série d'assurances annuelles, les choses se passent différemment. En effet, bien que pour chaque assuré les risques augmentent à mesure qu'il avance en âge, la prime qu'il doit payer tous les ans reste néanmoins la même ; elle a été fixée une fois pour toutes au commencement du contrat. La compagnie doit donc commencer par lui faire payer des primes plus considérables que ne le comporterait l'étendue du risque ; cet excédent servira plus tard à parfaire la somme représentative du risque, lorsque le risque augmentant, la prime annuelle sera devenue trop faible. Il résulte de là que le compte de chaque assuré présente un solde créditeur qu'on appelle *réserve du contrat*.

Dès lors, lorsque l'assuré ne veut plus continuer l'assurance, il a droit vis-à-vis de la compagnie à la réserve du contrat. Il peut donc la réclamer immédiatement, et c'est là ce qu'on exprime en disant qu'il exige *le rachat de police*.

Mais l'assuré, au lieu d'exiger immédiatement le solde de son compte, peut ne pas abandonner complètement l'opération, laisser ce solde entre les mains de l'assureur jusqu'au terme prévu dans le contrat primitif, jusqu'à sa mort par exemple. Il est alors considéré comme contractant une nouvelle assurance moyennant le paiement d'une prime unique, et le calcul permet de déterminer quel est

le capital qui correspond à cette prime ; c'est ce capital *réduit* qui, à la mort de l'assuré, est versé au bénéficiaire. Lorsque l'assuré, qui a cessé de payer les primes, s'arrête à ce dernier parti, on dit qu'il y a *réduction* (1).

157. — Ceci posé, quels seront les droits de la masse en cas de résiliation du contrat, c'est-à-dire, lorsque, par suite de la faillite, les primes cessent d'être payées. Le syndic devra-t-il forcément laisser la réduction s'opérer, ou bien aura-t-il le droit, s'il le préfère, d'exiger le rachat ?

C'est là une question très délicate et sur laquelle on est loin d'être d'accord. Rappelons d'abord qu'elle ne peut se poser que si aucun tiers n'a de droits acquis au montant de la police, que si par conséquent le bénéficiaire désigné n'a pas accepté, ou encore si l'assurance a été contractée, sans désignation de personne, pour le failli lui-même ou pour ses héritiers. Dans ces différents cas, le montant de l'indemnité d'assurance devant tomber au jour de l'échéance dans le patrimoine du failli, et par suite dans le gage de ses créanciers, on pourrait être tenté de reconnaître à la masse de ces créanciers tous les droits qui revenaient à l'assuré, et notamment de leur reconnaître le droit d'exiger le rachat.

Les compagnies d'assurances admettent généralement le syndic à exercer le rachat avec l'autorisation du juge-commissaire, et cette pratique des compagnies a été sanctionnée par un certain nombre de décisions judiciaires (2).

Nous ne croyons pas que cette solution soit exacte.

(1) Voir sur tous ces points : Couteau, t. I, p. 185.

(2) Voir notamment : Paris, 5 mars 1873, D. 1874.2.101, et *Journal des assurances*, 1873, p. 288 ; Paris, 13 novembre 1890, *Journal des assurances*, 1898, p. 129, et *Le Droit*, numéro du 21 janvier 1891 ; Tribunal de commerce de Caen, 31 mai 1887, *Journal des assurances*, 1888, p. 523. Voir en ce sens contraire : 18 janvier 1884, S. 1886.2.225.

Le syndic représentant la masse peut bien, au nom de celle-ci, user de la faculté donnée d'une façon générale à tous les créanciers par l'article 1166 du Code civil, c'est-à-dire exercer les droits et actions du débiteur ; et même, à raison de ses fonctions propres, il peut encore, relativement aux biens existant déjà dans le patrimoine du failli, conclure des contrats nouveaux ayant pour but de conserver les biens en question ou d'en tirer parti ; mais ce qui ne saurait lui être permis, c'est d'entreprendre de fixer la composition même du patrimoine, d'agir de façon à y faire rentrer des droits qui n'y étaient pas compris jusque-là, et qui échappaient aux prises des créanciers.

Or il est incontestable que l'exercice par le syndic du droit de rachat résout une alternative d'où dépendait la composition même du patrimoine. Le rachat, en faisant échec aux autres combinaisons que l'assuré pouvait choisir, fait tomber dans le patrimoine de celui-ci une somme qui n'était pas forcément destinée à y entrer. Cette opération, qui détruit l'éventualité de la formation du capital réduit et du versement de ce capital à qui de droit au jour fixé par la police, n'est en aucune façon une simple mesure d'administration des biens du failli.

En réalité, au jour de la faillite il n'existait encore dans le patrimoine du failli, du chef de l'assurance, aucun droit acquis sur une somme déterminée ; le failli n'avait que des droits éventuels, dont la nature même était encore flottante et devait dépendre d'une manifestation ultérieure de sa volonté. En effet, le but ordinaire de l'assurance, même contractée sans désignation d'un bénéficiaire, c'est de créer pour l'assuré, en dehors de son patrimoine, une valeur qui restera toujours à sa libre disposition, dont il pourra faire bénéficier telle personne que bon lui sem-

blera, ou dont au contraire il pourra se réserver le montant, soit en laissant arriver le jour de l'échéance sans désigner de bénéficiaire, soit encore en exigeant le rachat de la police s'il a des besoins pressants d'argent. C'est seulement ce droit de disposer ainsi de la valeur créée, d'en régler la destination, qui appartenant au failli au jour de son dessaisissement. Dans ces conditions, en faisant main basse sur la valeur de rachat, le syndic s'emparerait d'une valeur que le failli pouvait sans doute acquérir, mais qu'il n'avait point encore acquise, et que peut-être il n'avait point l'intention d'acquérir jamais.

Dira-t-on que le droit de prendre parti, de disposer de la police, peut être exercé par le syndic en vertu de l'article 1166 du Code civil? Mais l'article 1166, au principe général qu'il pose, apporte une exception ; il exclut, des droits et actions que le créancier peut exercer aux lieu et place de son débiteur, les droits et actions exclusivement attachés à la personne. Sans doute, on discute sur la portée exacte de cette exception ; mais les meilleurs auteurs (1) sont d'accord avec la jurisprudence pour comprendre dans cette exception non seulement les droits incessibles et les droits intransmissibles aux héritiers, mais encore les droits qui ont été reconnus au débiteur en vue d'un motif tel, qu'ils ne pourraient être exercés contre sa volonté. C'est ainsi que l'action en révocation d'une donation pour ingratitude, bien que transmissible aux héritiers à certaines conditions, ne peut être exercée par les créanciers parce qu'elle implique une appréciation d'ordre moral (2). Nous sommes convaincu qu'il en doit être de même du

(1) Voir notamment Aubry et Rau, t. IV, p. 113, n° 332.

(2) Voir en ce sens Aubry et Rau, t. IV, p. 126 ; Demolombe, *Donations*, t. III, 692.

droit de disposer de la police d'assurance, du droit d'exiger le rachat ; ce droit, est-il dit dans les considérants d'un arrêt de la Cour de Rouen du 18 janvier 1884 (1), « se rattache à un ordre de faits et de sentiments où il paraît impossible d'admettre que la volonté d'un tiers puisse devenir prépondérante et se substituer à la volonté du père de famille ». Il ne faut pas que l'assuré, qui s'est imposé peut-être des sacrifices considérables dans l'intérêt de sa famille, voie le syndic de sa faillite demander le rachat, pour obtenir même immédiatement un capital bien inférieur à celui qu'il avait stipulé lui-même (2).

D'ailleurs, si les compagnies d'assurances, peut-être parce qu'elles y ont intérêt, admettent le rachat par le syndic, il faut reconnaître que la plupart des auteurs repoussent cette solution (3).

158. — Quoi qu'il en soit de cette controverse, si le syndic n'exerce pas le rachat (et suivant nous il ne pourra jamais le faire à moins d'agir de concert avec le failli lui-même), il y a ainsi lieu à réduction, toutes les fois que le failli, ou le syndic avec l'assentiment de celui-ci, ne continuera pas le paiement des primes. La masse aura donc droit au capital réduit, mais elle n'y aura droit qu'au terme fixé par le contrat, c'est-à-dire le plus généralement à la mort de l'assuré.

159. — *Cas où c'est la compagnie d'assurance sur la vie qui tombe en faillite.*

(1) S. 1886.2.225.

(2) Dans l'espèce jugée par la Cour de Rouen, le capital réduit s'élevait à 1075 francs alors que la valeur de rachat n'était que de 341 francs.

(3) Voir notamment M. Lyon-Caen, dans une note au S. 1886.2.225 ; Couteau, II, 450 ; Mornard, p. 320 ; Cosmao-Dumanoir, p. 101 ; Fey, *Code de l'assurance-Vie*, n° 25 ; Lefort, t. II, p. 152, 281 et suiv. Comparez Chaufton, t. II, p. 291, et une note de M. Labbé, S. 1886.2.201.

Il faut reconnaître tout d'abord qu'une semblable hypothèse sera forcément très rare en raison du fonctionnement même de l'assurance, surveillé d'ailleurs par l'État. En effet, le fonds destiné à subvenir chaque année au paiement du capital, est formé par les primes afférentes à cette année, et le taux de ces primes est calculé de façon qu'elles forment un total supérieur à l'ensemble des sommes qui, d'après les prévisions des tables de mortalité, pourront devenir exigibles. Toutefois, de semblables faillites ne sont pas absolument impossibles ; nos annales judiciaires nous en fournissent un exemple qui, pour être unique, n'en est que plus intéressant : le 16 septembre 1885, le *Crédit viager* fut déclaré en faillite.

En pareille hypothèse, l'assuré peut certainement exiger qu'il soit donné caution ; si cette caution n'est pas fournie, ou encore s'il n'y a pas cession de portefeuille à une compagnie solvable, la résiliation s'impose : l'assuré ne paiera plus de primes, cela est évident, mais la question délicate est de savoir s'il ne pourra pas produire à la faillite, et dans cette hypothèse pour quelle somme il pourra le faire.

160. — Si l'on ne prenait garde au caractère successif du contrat d'assurance et qu'on voulût dès lors lui appliquer les principes de la résolution rétroactive, on serait conduit à dire : l'assureur étant hors d'état de tenir l'engagement qu'il a pris, les choses doivent, d'après l'article 1184, être remises en l'état primitif ; chaque assuré doit dès lors pouvoir lui réclamer le montant de toutes les primes qu'il a versées. Mais ce serait là une erreur grossière ; si l'assuré était mort avant la faillite de l'assureur, celui-ci aurait dû lui verser le capital assuré ; l'assureur a donc jusqu'à la faillite couru des risques, et les primes qu'il a

touchées jusque-là ne lui ont pas été payées sans cause.

Doit-on dire à l'inverse que le contrat d'assurances étant un contrat successif, il ne peut être question que d'une résiliation produisant bien effet pour l'avenir, mais n'atteignant pas le passé ? Doit-on dire, par suite, que si l'assuré n'a plus désormais à payer aucune prime, il ne peut plus rien réclamer des primes déjà payées et qui seraient définitivement acquises à la compagnie en raison des risques déjà courus ? Non encore ; un pareil raisonnement, qui est très exact lorsqu'il s'agit de toute autre assurance, ne l'est plus en matière d'assurance sur la vie, et cela précisément parce que la prime annuelle ne correspond pas exactement aux risques courus dans l'année. Nous l'avons dit déjà : pendant les premières années du contrat, l'assuré a dû payer une prime moyenne trop forte, en prévision de la période où, les risques augmentant à raison de l'âge, cette prime qui reste toujours la même deviendra trop faible. Or le contrat étant rompu, les risques cessant de courir, la réserve du contrat provenant de l'excédent des primes trop fortes se trouve désormais sans cause entre les mains du failli. Et cela nous conduit tout naturellement à la solution de notre problème ; l'assuré, au moment de la résiliation, a droit au solde de son compte de réserve, à ce que l'on appelle la *valeur de rachat* : il pourra donc produire au passif et c'est pour la valeur de rachat qu'il aura à le faire (1).

(1) Voir en ce sens, Couteau, t. II, p. 256, n° 409. Comparez : Herbault, p. 265, et l'assimilation qu'il fait entre l'hypothèse actuelle et celle du remboursement par une compagnie en faillite des obligations à primes ou à lots. On est conduit à cette assimilation si l'on admet la doctrine qui voit dans l'assurance sur la vie un placement fait avec une stipulation de remboursement à long terme, comparable à une obligation remboursable par voie de tirage au sort.

Cela nous paraît hors de doute, et nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire de s'attarder à réfuter un autre système qui a été indiqué. D'après ce système, l'assuré étant considéré comme créancier à terme du capital stipulé, pourrait, en raison de la déchéance du terme prononcée par les articles 1184 du Code civil et 444 du Code de commerce, produire à la faillite pour le montant intégral du capital assuré. Un semblable système méconnaît complètement le caractère de l'assurance, et se méprend sur la nature du terme qu'elle doit forcément contenir : ce terme n'a pas seulement pour but de retarder l'exigibilité d'une dette, il est ici un élément essentiel de l'obligation, la cause même de l'engagement pris par l'assureur.

161. — Nous en aurons fini avec les questions relatives aux assurances lorsque nous aurons indiqué que les législations étrangères admettent en général le même système que le nôtre ; elles permettent au co-contractant d'exiger soit une caution, soit la résiliation du contrat.

C'est ainsi que le Code de commerce italien porte en son article 433 : « Si l'assuré tombe en faillite au cours de la durée du risque et alors que l'assureur n'a pas perçu la prime, ce dernier peut exiger soit une caution, soit la résiliation du contrat. Le même droit appartient à l'assuré si l'assureur tombe en faillite, ou s'il se met en état de liquidation. »

On trouve des solutions analogues dans le Code de commerce espagnol (1), dans le Code de commerce portugais (2) et dans le Code de commerce chilien (3).

(1) Article 401.

(2) Articles 431-438.

(3) Articles 530 et suivants. Voir, à propos de l'assurance sur la vie, dont le montant tombe dans l'actif de la faillite, la jurisprudence allemande, *Reichsgericht*, 4 juin 1886, *Annales de droit commercial*, 1888, t. XXI, p. 142.

CHAPITRE IV

DU CONTRAT DE LOUAGE.

162. — Nous allons étudier dans trois sections successives le bail d'immeubles, le louage d'une chose mobilière, le louage de services et le louage d'ouvrage.

SECTION I. — Bail d'immeubles.

A. — *Faillite du bailleur.*

163. — Dans ce cas, l'article 1753 du Code civil nous impose des principes nouveaux. En vertu de cet article, le tiers acquéreur de l'immeuble loué ne peut expulser le fermier ou locataire, dont le bail a date certaine, antérieure à son acquisition. Il doit en être de même *a fortiori* des créanciers du bailleur qui malgré leur réunion en syndicat ne peuvent certainement à cet égard être considérés comme des tiers.

C'est d'ailleurs ce qui a lieu également en cas de saisie immobilière ; les créanciers saisissants, en vertu de l'article 683 du Code de procédure civile, sont obligés de respecter les baux ayant acquis date certaine avant le commandement.

La masse ne peut donc expulser le locataire, et celui-ci, bien qu'il ne soit que créancier (1), se trouve échapper par

(1) La théorie de Troplong sur la réalité du droit du preneur (Troplong, t. II, 491-496) est en effet universellement repoussée.

là à la loi du concours, sa situation est aussi solide que s'il avait un droit réel sur les lieux loués.

Arrivons maintenant au cas le plus intéressant, celui où c'est le locataire qui tombe en faillite.

B. — *C'est le locataire qui tombe en faillite.*

164. — Ici nous nous trouvons en présence d'une réglementation spéciale ; la loi du 12 février 1872, insérée au Code de commerce sous les articles 450 et 550, détermine, bien que d'une façon un peu obscure à la vérité, les droits du bailleur et du locataire en cas de faillite de celui-ci.

165. — Mais avant d'étudier cette loi, qui ne s'applique pas d'ailleurs à tous les immeubles dont le failli peut être locataire, voyons à quelle solution les principes généraux de notre premier chapitre auraient dû conduire. Cela nous permettra, tout en montrant l'origine des difficultés, de dégager les dérogations apportées par cette loi nouvelle à ce que nous considérons comme le droit commun.

Faisons donc pour un moment abstraction complète des nouveaux articles 450 et 550 du Code de commerce. D'après notre système, le bailleur, comme tout autre co-contractant, peut, dès l'ouverture de la faillite, et sous la menace d'une résiliation immédiate, mettre la masse en demeure de continuer le contrat, de le prendre à sa charge en donnant des garanties suffisantes de fidèle exécution (1). Mais si nous supposons que le syndic n'obtempère pas à

(1) Voir, sur le privilège du bailleur, dont l'étude complète n'entre pas dans notre sujet : Genevois, *Du privilège du propriétaire*; Verdier, *Du privilège du propriétaire en cas de faillite* ; Mourlon, *Revue pratique*, t. XXIII, p. 385 ; Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. II, n° 3030 ; Boistel, n° 926 ; Bravard et Demangeat, t. V, p. 143.

cette mise en demeure (et nous verrons plus loin dans quels cas on peut considérer qu'il en est ainsi), c'est alors que les droits du bailleur sont plus difficiles à déterminer.

D'une façon générale, et en nous référant à l'article 1184, nous avons reconnu au co-contractant qui a essuyé les refus de la masse deux droits différents entre lesquels il peut opter : ou bien obtenir la résiliation, ou bien produire à la faillite pour tout le montant de sa créance devenue désormais immédiatement exigible. Dans le premier cas le contrat, tout au moins lorsqu'il s'agit d'un contrat successif, n'est rompu que pour l'avenir, les effets déjà produits sont respectés ; le bailleur qui s'arrêterait à ce premier parti recouvrerait donc pour l'avenir la libre disposition de son immeuble, mais garderait contre la faillite un droit de créance à raison des termes antérieurement échus et qui ne lui auraient pas été payés. Si, au contraire, le co-contractant choisit l'autre alternative, s'il produit à la faillite, le contrat subsiste ; il doit, quant à lui, l'exécuter intégralement et, en échange, il reçoit immédiatement, mais en monnaie de faillite, le montant de tout ce qui lui est dû.

166. — Par suite, si le législateur n'avait pas accordé de privilège au bailleur, celui-ci, en choisissant le dernier parti que nous venons d'indiquer, aurait pu, tout en restant lié lui-même par l'obligation de faire jouir qui lui incombe, produire au passif chirographaire pour les loyers à échoir. Toutefois, c'est là un droit que les bailleurs n'auraient sans doute pas invoqué bien souvent, en raison précisément du paiement en dividende auquel il aurait abouti.

Mais le législateur, par l'article 2102 du Code civil, accorde au bailleur d'immeuble un privilège sur le prix de

tout ce qui garnit les lieux loués par tous les loyers échus et à échoir (1) et c'est cette circonstance qui est la cause de toutes les difficultés. Sans ce privilège les bailleurs n'auraient guère songé à soutenir que la faillite leur donnait droit au paiement immédiat de tous les loyers à échoir ; comme c'est seulement un dividende qu'ils auraient obtenu, la continuation du bail aurait été, en thèse générale, bien préférable pour eux ; lors donc que cette continuation du bail leur aurait été assurée, ils n'auraient pu que se féliciter d'échapper ainsi aux conséquences de la faillite. Avec le privilège au contraire, ils ont acquis un intérêt considérable à réclamer immédiatement tous les loyers à échoir puisqu'ils devaient, en raison de l'article 2102, en être payés par préférence. Dès lors, ils ont émis la prétention exorbitante d'exiger ce paiement immédiat dans tous les cas, non pas seulement lorsque la masse refuse d'entretenir le bail, mais même lorsqu'au contraire elle s'engage à le faire et donne toutes les garanties voulues. Pour étayer un pareil système, ils invoquèrent le principe de la déchéance du terme de l'article 444 du Code de commerce ; et la jurisprudence antérieure à 1872, hypnotisée pour ainsi dire par ce principe de la déchéance du terme, se crut obligée de leur donner raison (2).

(1) Il est vrai que l'article 2102 n'accorde ce privilège au bailleur pour tous les loyers à échoir que si le bail a date certaine. Mais ce fut toujours de beaucoup le cas le plus fréquent et depuis la loi du 21 avril 1871 qui prescrit un délai de rigueur pour l'enregistrement des baux, on peut dire que tous aujourd'hui sont pourvus de date certaine.

(2) Voir en ce sens : Requêtes, 28 décembre 1858, D. 1859.1.63 ; Cassation, 28 mars 1865, D. 1865.1.201 et sur renvoi, Orléans, 5 août 1865, D. 1865.2.227 ; Requêtes, 15 juillet 1868, D. 1872.1.95 ; Cassation, 16 février 1870, D. 1870.1.260 ;

Toutefois cette solution n'a pas été admise dès l'origine et sans que cer-

167. — Dès lors il n'y avait plus pour le bailleur de mise en demeure à adresser à la masse. Peu lui importait, à ce bailleur, qu'on s'engageât vis-à-vis de lui au paiement régulier des termes de loyer, et qu'on laissât dans les lieux loués des meubles suffisants pour la garantie de ces paiements, puisqu'il pouvait malgré cela réclamer tous les termes d'un seul coup ; c'est là un droit dont il se serait bien gardé de ne pas user. Et s'il y avait alors résiliation, ce n'était pas une résilation, provenant du défaut d'exécution du contrat conformément à ses clauses et teneur, mais une résiliiation causée par l'insuffisance de l'actif, qui ne permettait pas d'acquitter cette obligation nouvelle, étrangère au contrat, du paiement en bloc de tous les loyers à échoir (1).

Dans ces conditions c'était pour un propriétaire d'immeubles une bonne fortune que d'avoir un locataire qui tombât en faillite, cela lui procurait instantanément une capitalisation disponible du revenu à venir de son immeuble. D'après M. Thaller (2), « c'était pour ce propriétaire un *enrichissement peu équitable*... et tout l'actif se trouvait absorbé par la présence d'un privilégié, véritable accapareur, et d'un privilégié qui n'appartenait pas au milieu commercial ».

taines hésitations ne se soient manifestées dans la jurisprudence. Voir, en effet, en sens inverse : Paris, 24 août 1839, D. A. nos 1236 et 1241 ; Paris, 16 mars 1840, D. 1847.2.170 ; Caen, 25 août 1846, D. 1847.2.170 ; Paris, 20 février 1847, D. 1847.4.325 ; Paris, 27 novembre 1862, D. 1863.1.212 ; Rouen, 23 décembre 1864, D. 1865.2.162.

(1) Il va de soi que lorsque le bailleur avait consenti au paiement immédiat ou à la consignation des loyers à échoir, les créanciers de la faillite ou le failli concordataire conservaient par cette consignation le droit de continuer le bail et de l'exploiter à leur profit. Civ., 28 mars 1865, D. 1865. 1.208.

(2) *Traité*, p 980.

L'exercice d'un semblable privilège portant sur toutes les marchandises et sur l'outillage industriel contenus dans les locaux loués, mettait le plus souvent un obstacle absolu au rétablissement du failli dans son commerce ou son industrie.

168. — Tout le mal provenait, suivant nous, d'une fausse conception de la résiliation et d'une interprétation inexacte du principe de la déchéance du terme. En effet, nous nous sommes attaché à le montrer, si la faillite à elle seule rend possible la résiliation du contrat, la masse a toujours un moyen de conjurer cette résiliation, c'est de prendre le contrat à sa charge et d'en garantir l'exécution. Lorsqu'elle consent à le faire, elle enlève par là au co-contractant tout motif de se plaindre de la faillite ; elle dissipe les craintes légitimes que cette faillite devait lui inspirer ; dès lors, il n'y a plus à parler de déchéance du terme ; la déchéance n'a de raison d'être qu'en cas de production au passif ; elle n'a lieu qu'au profit du créancier dont la créance, par suite de la faillite, s'est changée en un droit à un dividende (1) ; les autres créanciers, ceux notamment qui sont devenus créanciers de la masse, n'ont aucun droit à l'invoquer (2).

(1) Voir *suprà*, n° 73.

(2) Ce qui jette l'obscurité sur toutes ces questions, c'est qu'on veut d'ordinaire expliquer la résiliation de la façon suivante : La faillite, dit-on, rend immédiatement exigibles les dettes du failli ; on sait donc immédiatement s'il les paiera ou ne les paiera pas, et c'est dans ce dernier cas que la résiliation devient immédiatement possible. On est ainsi amené à conclure que la masse pour empêcher cette résiliation doit exécuter immédiatement, ce qui revient à dire que la déchéance du terme trouve son application même vis-à-vis de la masse.

Nous avons repoussé cette manière de voir qui est en opposition manifeste avec l'article 1613, et que personne ne songerait à admettre en matière de marchés à livrer, et qui justement en cas de bail conduit aux conséquences inacceptables que nous avons signalées (Voir plus haut). Pour

D'autre part, dans le cas qui nous occupe, le créancier qui veut se prévaloir de la déchéance du terme est un créancier privilégié qui prétend produire immédiatement, même lorsque ses garanties lui sont maintenues. Or s'il est des créanciers à l'égard desquels la déchéance du terme n'a pas été instituée, c'est bien surtout ceux qui sont munis de sûretés réelles comme l'est notre bailleur. En effet, les créanciers gagistes, hypothécaires, privilégiés, en tant qu'ils se prévalent des garanties qu'ils possèdent, sont placés en dehors de la faillite, et la preuve c'est qu'ils n'ont pas voix au concordat (art. 508), et surtout qu'ils conservent après la déclaration de faillite le droit de poursuivre individuellement la réalisation de leur gage (art. 571, C. comm.), tandis que tous les autres créanciers ne peuvent plus agir que collectivement par l'intermédiaire du syndic. On comprend à merveille qu'un créancier ayant des sûretés réellès, puisse les invoquer quand les biens sur lesquels elles portent viennent à être vendus par le syndic ; mais lorsqu'il n'en est pas ainsi, lorsque les sûretés restent après la faillite aussi entières qu'auparavant, on ne comprendrait plus que ce créancier, aux droits duquel la faillite ne porte aucune atteinte, pût malgré tout prétexter cet état de faillite pour exercer ses poursuites dès avant l'arrivée du terme. Mais cette manière de voir, admise par beaucoup d'auteurs (1), est généralement

nous c'est la faillite elle-même qui est une cause de résiliation, mais il suffit à la masse pour empêcher cette résiliation d'exécuter le contrat en ses clauses et teneur ; c'est seulement au cas où la masse ne voudra point le faire qu'il y a lieu de parler de déchéance du terme.

(1) Voir parmi les auteurs qui dénient au créancier muni de sûretés réelles le droit de se prévaloir de la déchéance du terme. Bédarrides, *Faillites*, t. 3, n° 1083 ; Bravard et Demangeat, t. V, p. 160 ; Laroque-Sayssinel, *Faillites*, sur l'article 571, n n° 4.

repoussée par les tribunaux (1) et c'est là ce qui, avant la loi de 1872, avait amené la jurisprudence à consacrer la solution désastreuse que nous avons signalée.

Ainsi donc, d'après notre système, avant que la loi de 1872 ne fût intervenue, le bailleur n'avait droit au paiement immédiat et par privilège des loyers à échoir, que si la masse se refusait à continuer le bail et à donner les garanties suffisantes.

169. — Remarquons d'ailleurs qu'en cas de bail il y a, quant à ces garanties d'exécution à fournir par la masse, quelque chose de particulier. Lorsqu'il s'agit d'un autre contrat, d'une assurance par exemple, le syndic de l'assuré, lorsqu'il veut entretenir l'assurance, doit donner des sûretés nouvelles, la caution prévue par l'article 346, mais c'est qu'ici l'assureur n'avait auparavant aucune garantie ; or dans le bail il en est autrement, la créance du bailleur est déjà protégée ; dans ces conditions, la masse ne pouvait-elle pas se contenter de maintenir simplement les sûretés qui existaient déjà ?

Nous serions assez porté à le croire.

Cela ne ferait aucun doute si ces sûretés antérieures étaient déjà suffisantes pour garantir le paiement intégral des termes à échoir pendant toute la durée du bail ; mais bien souvent il n'en est pas ainsi. Tout le monde reconnaît en effet que l'article 1752 n'impose pas au locataire une obligation aussi étendue : il lui suffit de donner au propriétaire un gage ou une sûreté répondant des termes en cours et de quelques-uns des termes à échoir, et en cas de contestation sur ce point, c'est aux juges qu'il appartient de

(1) Voir notamment : Arrêt de la Cour d'Aix, 28 juillet 1893, *Journal des faillites*, 1896 qui est relatif à une créance hypothécaire non échue.

vider le débat (1). Il semble bien que, même vis-à-vis de la masse, une semblable garantie s'étendant aux termes en cours et à quelques-uns des termes à échoir, devait suffire pour sauvegarder la situation du propriétaire. Du moment que cette garantie était maintenue, il ne pouvait rien réclamer de plus (2).

Que si, contrairement à ce que nous venons de supposer, la masse prétendait dégarnir les lieux loués, vendre les meublés qui s'y trouvaient, c'est alors, mais alors seulement, que le bailleur aurait été en droit suivant nous de se faire payer par privilège tous les loyers à échoir ; dans ce cas, en effet, l'article 2101 du Code civil lui était de tout point applicable (3).

170. — Nous l'avons dit, ce n'est pas le système qu'avait consacré la Cour de cassation ; elle avait cru devoir permettre au bailleur d'exiger dans tous les cas un paiement immédiat et par préférence de tous les termes à venir.

Son argumentation, qui reposait presque uniquement sur le principe mal compris de la déchéance du terme avait été vigoureusement attaqué par un grand nombre d'auteurs.

Pour la combattre, les uns partaient de cette idée que le bail crée des obligations successives ; d'autres prétendaient

(1) Comparez sur ce point : Pothier, *Contrat de louage*, nos 318 et 273 ; Denisart, Vo *Locataire*, no 8 : Rapport au Tribunat du tribun Mouricault (Fenet, XIV, p. 332).

(2) C'est précisément ce que devait décider la loi de 1872.

(3) Il ne faut pas se méprendre sur le sens de cet article 2102. Même en droit civil, le privilège accordé par cet article pour les loyers à échoir ne peut être exercé que si les meubles garnissant les lieux loués viennent à être vendus, soit à la requête des autres créanciers, soit à la requête du bailleur lui-même au cas où il ne pourrait obtenir paiement des loyers échus.

que la créance du bailleur est une créance sous condition suspensive ; d'autres enfin reconnaissaient à cette créance le caractère d'une créance sous condition résolutoire, mais refusaient au bailleur, créancier privilégié, le droit d'invoquer la déchéance du terme (1). Quoi qu'il en soit, tous s'accordaient pour dénoncer les conséquences désastreuses qu'avait dans la pratique la jurisprudence établie.

171. — Le législateur finit par s'émouvoir et une loi nouvelle s'inspirant des vrais principes, mais malheureusement un peu obscure dans sa rédaction vint mettre fin aux abus antérieurs.

Cette loi en date du 12 février 1872 consacre à peu près les solutions qui, suivant nous, étaient imposées déjà par le droit commun, et en outre elle restreint d'une façon, qu'on peut encore trouver trop timide, le privilège accordé au bailleur par l'article 2102 du Code civil.

L'esprit de cette loi est de reconnaître à la masse ce droit que la jurisprudence antérieure lui avait malencontreusement dénié ; à savoir le droit de se substituer au failli, d'entretenir le bail à sa place et d'enlever par là au bailleur toute possibilité de faire résilier le contrat ou de demander le paiement immédiat de tous les loyers à échoir.

Supposons d'abord que le bailleur ne puisse invoquer

(1) La première opinion a été soutenue par M. Thiercelin dans une note au Dalloz, D. 1862.2.1.

La deuxième opinion l'a été par Pont, *Revue de législation*,1866, t. XXIX, p. 17 ; Mourlon en note au Dalloz, D. 1865.1.201, Demangeat, t. V, p. 147.

Voir également en ce sens les arrêts suivants : Paris, 12 décembre 1861, D. 1862.2.1 ; Paris, 26 juin 1863, D. 1863.2.110.

Sur la troisième opinion, comparez Albert Desjardins, *Revue critique*, t. 125, p. 1 ; Sévin, *Revue critique*, t. 18, p. 232.

Ces diverses opinions sont analysées dans le rapport de M. Delsol à la Commission chargée d'examiner le projet qui devint la loi de 1872, D. 1872.4.36.

aucune cause de résiliation antérieure à la faillite ; notamment, que tous les termes échus lui aient été payés. D'après l'article 450 les syndics de la faillite du locataire peuvent dans un délai déterminé « *notifier* au propriétaire leur intention de continuer le bail à la charge de satisfaire à toutes les obligations du locataire (1) » ; ils peuvent « continuer ou créer le bail pour tout le temps restant à courir, à la charge par eux ou leur cessionnaire, de maintenir dans l'immeuble gage suffisant et d'exécuter au fur et à mesure des échéances toutes les obligations résultant du droit ou de la convention ».

Et s'il en est ainsi, le bailleur en vertu de l'article 550, § 2, « une fois payé de tous les loyers échus, ne peut pas exiger le paiement des loyers en cours ou à échoir, si les sûretés qui lui ont été données sont maintenues, ou si celles qui lui ont été fournies depuis la faillite sont jugées suffisantes ». Dans ces conditions, le bailleur devient *créancier de la masse* (Voir Requêtes, 11 décembre 1877, D. P. 1879.5.224) et il ne pourra plus y avoir résiliation que si la masse n'exécute pas les obligations dérivant du bail, et qui sont désormais à sa charge.

A l'inverse, si les syndics ne veulent pas entretenir le bail et qu'il y ait alors vente des meubles à la requête du syndic ou du bailleur lui-même, le bailleur peut faire résilier le contrat ; mais il ne peut plus choisir l'autre alternative, qui lui était offerte sous l'empire de la législation ancienne, il ne peut plus comme autrefois exercer son privilège pour toutes les années à échoir.

(1) Pour prendre ce parti, le syndic doit au préalable avoir obtenu l'autorisation du juge-commissaire, ce qui est conforme au droit commun ; mais l'article 459, § 2 exige en outre que le failli lui-même ait été entendu.

Toutefois ce privilège ne lui est pas complètement retiré pour tout ce qui concerne les termes à venir : le législateur le lui maintient pour toute l'année courante (art. 550, § 3) (1), et en outre, ce qui est tout à fait extraordinaire, pour une année à échoir à partir de l'expiration de l'année courante.

Cette dernière disposition est inexplicable ; en cas de résiliation pour cause antérieure, le bailleur, comme nous allons le voir, n'a privilège, abstraction faite du passé, que pour l'année courante ; pourquoi l'article 550, § 3, édicte-t-il une disposition spéciale pour le cas de résiliation provenant de l'enlèvement et de la vente des meubles ? pourquoi accorde-t-il, dans ce dernier cas, un privilège pour une année à échoir ?

Ce sont là des questions auxquelles il est difficile de répondre. D'ailleurs les inconvénients économiques de la solution adoptée sont évidents ; la masse, dans un cas précisément où elle n'a que faire de la jouissance de l'immeuble, est obligée malgré tout de payer cette jouissance pour une année encore (art. 550, § 4). Sans doute elle peut sous-louer, car le bailleur indemnisé ne pourra reprendre son immeuble qu'à l'expiration du temps pour lequel il a touché les loyers, mais comme elle ne peut offrir qu'un bail d'une année il y a peu de chance pour qu'elle trouve un locataire sérieux. Le législateur aurait mieux fait de déclarer qu'en cas d'enlèvement des meubles, le bail serait résilié immédiatement, et que le bailleur n'aurait privilège pour aucun des termes à venir.

(1) Il s'élève des questions assez délicates à propos de la façon dont on doit calculer l'année courante et l'année à échoir, comme aussi les deux années échues dont nous parlerons plus loin ; mais ce sont là difficultés relatives à l'étendue du privilège et nous n'avons pas à les examiner ici.

172. — Quoi qu'il en soit, le bailleur restant créancier privilégié, conservant par là même, au milieu de la faillite, le droit de poursuivre la réalisation de son gage, de faire vendre les meubles garnissant les lieux loués, il était à craindre que, dès l'ouverture de la faillite, il voulût exercer ce droit sans laisser à la masse le temps de réfléchir. Aussi l'article 450 § 3 retire-t-il au bailleur toutes voies d'exécution sur les effets mobiliers servant à l'exploitation commerciale, tant que le délai imparti aux syndics pour faire leur notification n'est pas expiré. Pendant ce temps le bailleur ne peut prendre que des mesures conservatoires (1).

Remarquons d'ailleurs que si la loi nouvelle, dans le cas où le syndic continue le bail, ne permet pas au bailleur de se faire payer par privilège de tous les loyers à échoir, elle ne l'empêche nullement de produire au passif chirographaire pour tous les loyers.

Nous ne croyons pas en effet que la résiliation du contrat puisse être imposée par le syndic ; le bailleur est toujours libre de ne pas vouloir de cette résiliation et par suite de produire à la faillite pour tout ce qui lui est dû

(1) C'est encore là une des modifications apportées par la loi nouvelle à l'état antérieur.

Avant la loi de 1872, la loi de 1838 (article 450 du Code de commerce) disposait que toutes voies d'exécution pour parvenir au paiement des loyers sur les effets mobiliers servant à l'exploitation du commerçant seraient suspendues pendant 30 *jours à partir du jugement déclaratif* de la faillite, sans préjudice de toutes mesures conservatoires.

C'est là tout ce que la loi de 1838 avait jugé à propos de faire pour protéger la masse contre ce créancier accapareur qu'était le bailleur d'immeuble ; elle avait réformé sur ce point le Code de 1807 qui permettait les poursuites immédiatement après le jugement déclaratif. « Son but avait été, comme le disait M. Guénault dans son rapport, d'empêcher, surtout dans les faillites des petits débitants, que le propriétaire ne vienne en saisissant les meubles et marchandises rendre immédiatement impossible toute exploitation du fonds de commerce. »

et qui devient immédiatement exigible ; mais alors bien entendu il conserve à sa charge l'obligation de faire jouir que lui impose le contrat (1).

173. — Prenons maintenant le cas où le bailleur avait dès avant la faillite des clauses de résiliation à faire valoir, par exemple, en raison d'abus de jouissance commis par le locataire.

Dans ce cas, la faillite ne peut empêcher le bailleur d'invoquer ces causes préexistantes, mais il devra le faire dans un délai très bref. C'est une des innovations de la loi de 1872 d'avoir imposé au bailleur sous peine de forclusion de former sa demande en résiliation dans les 15 jours qui suivent la notification du syndic (art. 450, §§ 5 et 6). Il était nécessaire, en effet, que la masse qui préparait peut-être un concordat, fût immédiatement fixée sur le degré de solidité du bail.

Si la cause de résiliation n'est autre que le non-paiement de plusieurs termes antérieurs, les syndics restent maîtres de paralyser toute action en résiliation fondée sur un tel motif. Il leur suffit s'ils veulent continuer le bail, d'acquitter intégralement tous ces loyers échus qui sont

(1) Cette éventualité a d'ailleurs été envisagée dans les travaux préparatoires. On en trouve la preuve dans le rapport de M. Delsol. Voici ce que dit M. Delsol à propos d'une opinion qu'il rapporte et à laquelle il se rallie : « Si le bailleur touchait des dividendes pour années à échoir, il devrait subir la loi de tous les créanciers chirographaires, parmi lesquels il consent à prendre place. Le bailleur devra donc alors laisser jusqu'à la fin du bail la jouissance des lieux loués au failli, qui lui aura exactement payé les dividendes promis et se sera ainsi entièrement libéré en monnaie de faillite. Les conséquences de cette deuxième solution montrent qu'elle n'a rien de pratique et qu'il n'y a pas à se préoccuper de ce point de vue purement abstractif. Il n'est pas un bailleur qui ne préfère résilier le contrat à partir de l'expiration de l'année courante, plutôt que de recevoir en monnaie de faillite le paiement de tous les loyers ultérieurs (Voir Rapport de Delsol, D. 1872.4.37).

restés impayés (1) (art. 550, § 2). D'ailleurs, si la masse ne voulant pas entretenir le contrat, ne paye pas les loyers en question, le bailleur conserve le droit de poursuivre son gage, mais au lieu d'avoir, comme sous l'empire de l'ancienne législation, privilège pour tous les termes qui lui sont dus, il ne peut plus, en vertu du nouvel article 550, § 1, invoquer de privilège que pour les deux dernières années de location échues avant le jugement déclaratif de faillite. Pour les loyers des autres années il ne pourra que produire au passif chirographaire.

Le législateur n'a pas voulu que ce bailleur, qui a eu le tort de laisser s'accumuler ainsi des termes impayés, pût, au préjudice des autres créanciers, échapper aux conséquences de sa négligence, se faire payer intégralement de ce qui lui est dû, tandis que d'autres créanciers, qui se sont montrés plus vigilants et qui devaient croire que leur débiteur payait régulièrement ses loyers, ne toucheraient qu'un dividende.

Ainsi en résumé, lorsque la masse continue le bail, le bailleur a droit à tous les termes échus, et pour les termes à échoir il devient créancier de la masse.

Lorsqu'il y a résiliation pour cause antérieure à la fail-

(1) C'est une question de savoir si le syndic qui veut entretenir le bail et empêcher la résiliation, doit payer intégralement tous les loyers échus ou seulement les loyers des deux années pour lesquelles le bailleur a privilège. Suivant M. Thaller (voir *Annales de droit commercial*, 1896, p. 289) il suffirait au syndic d'acquitter les loyers de ces deux années et pour les autres termes échus d'admettre simplement le bailleur au passif chirographaire. Cela nous semble inexact, du moment qu'il n'est pas payé complètement de tous les termes échus, le bailleur peut demander la résiliation pour inexécution ; on est alors complètement dans le champ d'application de l'article 1184. D'ailleurs l'article 550, § 2 nous fournit en ce sens un puissant argument de texte ; ne dit-il pas : « une fois payé de *tous* les loyers échus.

lite (1) le bailleur n'a droit au paiement par privilège que pour deux années échues et pour l'année courante.

Lorsque la résiliation provient du refus par la masse d'entretenir le bail et résulte de la vente des meubles soit par le syndic, soit à la requête du bailleur, ce dernier a droit en outre au paiement privilégié d'une année à échoir (2). Notons d'ailleurs que la loi de 1872, contrairement à l'article 2102 du Code civil, ne fait aucune distinction relative à ces privilèges suivant que le bail a, ou non, date certaine (art. 550, § 3) (3).

Il nous faut maintenant examiner quelles dérogations cette loi nouvelle apporte aux principes de notre premier chapitre qui forment, suivant nous, le droit commun en matière de résiliation des contrats antérieurs.

174. — Tout d'abord, lorsqu'il s'agit d'un contrat quelconque, nous avons admis que le co-contractant pouvait immédiatement, le jour même du jugement déclaratif, poursuivre la résiliation du contrat. Pour le bail au contraire nous venons de voir qu'il n'en est pas de même. L'article 450, § 3, ne permet au bailleur d'engager aucune

(1) Ou parce que la faillite devait d'après le contrat lui-même produire la résiliation de plein droit.

(2) Lorsqu'il y a résiliation, le bailleur a en outre privilège pour les dommages-intérêts qui pourront lui être alloués par les tribunaux (article 550, § 1). Nous retrouverons cette disposition dans notre dernière partie consacrée aux dommages-intérêts.

(3) Le législateur de 1872 a donc restreint de beaucoup la portée du privilège du bailleur. On peut trouver néanmoins qu'il n'a pas encore été assez loin dans cette voie, et qu'il s'est montré encore assez timide (Voir en ce sens un article de M. Thaller dans les *Annales de droit commercial*, 1896, p. 289). Car, il ne faut pas l'oublier, ce bailleur, dont le sort touche si vivement notre législateur, pour les intérêts duquel on montre une sollicitude toute spéciale, ne risque, en définitive, qu'un revenu, tandis que les autres créanciers, en traitant avec le failli, ont exposé leur capital. Le bailleur retrouve toujours son immeuble, tandis que les autres créanciers ne retrouvent rien.

poursuite avant l'expiration d'un certain délai qui est de huit jours à partir de l'expiration du délai accordé par l'article 492 du Code de commerce aux créanciers domiciliés en France pour la vérification de leurs créances.

D'autre part, nous avons dit dans le présent chapitre que les contrats qui en font l'objet, n'étant pas résiliés de plein droit par l'événement de la faillite, il n'appartenait qu'au contractant de les faire résilier, et qu'en l'absence de toute initiative prise par lui, le contrat restait forcément debout et était susceptible par suite d'être invoqué par la masse. Il semble, à lire l'article 450,qu'en matière de bail il en est tout autrement ; que c'est à la masse qu'il appartient alors de prendre les devants, de déclarer dans un délai déterminé son intention d'entretenir le contrat, et que, faute par elle d'avoir fait cette déclaration en temps utile, elle perd le droit de continuer le bail ou de le céder.

Ce serait là une erreur.

Le but que s'est proposé le législateur en instituant la notification prévue par l'article 450 n'apparaît pas nettement. L'explication donnée par M. Delsol (1) n'est pas des plus claires ; mais il y a une chose bien certaine qui résulte des travaux préparatoires et de la rédaction même de l'article 450, c'est que le législateur de 1872 n'a pas voulu que le défaut de notification par les syndics emportât déchéance contre la masse ; malgré l'expiration du délai, la masse conserve le droit de continuer le bail (2). Dans ces conditions, la notification en question ne semble pas très utile, et c'est pourquoi en pratique elle est très rare. Toutefois, en vertu de l'article 450, § 6, c'est à partir de cette notification que court le délai de quinzaine pendant lequel

(1) D. 1872.4.35.

(2) Voir *Rapport* de Delsol et Aix, 30 décembre 1875, D. 1876.5.269.

le bailleur doit à peine de forclusion demander la résiliation pour causes antérieures.

On le voit, la notification introduite par l'article 450 ne change rien aux principes exposés précédemment, et depuis la loi de 1872 les choses se passent en cas de bail exactement de la même manière qu'en cas de vente ou d'assurance.

Remarquons toutefois que l'instance judiciaire en résiliation serait ici particulièrement superflue. Lorsque le syndic dégarnit les lieux loués, le bailleur met en mouvement son privilège ; et cela implique son assentiment à la résiliation tout au moins à un an de date ; il intervient en somme après le refus opposé par le syndic un mutuel dissentiment tacite. La masse ne pouvait donc, sous prétexte que la résiliation n'a pas été judiciairement prononcée, prétendre à la jouissance des lieux loués même en fournissant toutes les garanties possibles.

175. — *Clauses dérogatoires.* — Il est possible que le bail contienne certaines clauses de nature à faire échec aux dispositions précédentes.

Tout d'abord il est possible que le bail contienne cette clause : le bail sera résilié de plein droit en cas de faillite du locataire.

Nous avons déjà discuté d'une façon générale ces clauses de résiliation de plein droit et nous avons admis leur validité. Rien dans les dispositions de la loi de 1872 ne permet d'en décider autrement pour le cas où c'est dans un bail que la clause est insérée. Tout au contraire l'article 450, § 3, renferme un membre de phrase, « sans préjudice du droit qui serait acquis au propriétaire de reprendre possession des lieux loués », qui semble viser cette hypothèse, et de plus l'article 550, § 4, paraît bien retirer au syndic le

droit de continuer le bail dans le cas où il contiendrait interdiction de sous-location ou de cession ; c'est donc qu'il est admis par le législateur lui-même qu'une clause du bail peut empêcher la masse de continuer le contrat et d'en conjurer la résiliation (1).

176. — Toutefois une semblable clause ne laisse pas d'être contraire aux intérêts de la masse. Le bailleur, par la reprise de son immeuble, pourra empêcher toute continuation de l'exploitation commerciale, et si la masse, pour obvier à un pareil résultat, veut essayer un arrangement avec lui, il pourra abuser de la situation et imposer des conditions très onéreuses. C'est pourquoi certains auteurs, désireux de sauvegarder les intérêts de la masse, ont-ils soutenu que la clause en question lui était inopposable (2). Ils ont voulu voir, dans la faculté reconnue à la masse d'entretenir le bail, une faveur du législateur ; faveur qui est faite à la masse et non au locataire, et à laquelle par suite ce locataire serait incapable de renoncer. C'est là, suivant nous, une conception inexacte. D'ailleurs il reste toujours les arguments tirés de l'article 550, § 4, et 450, § 3, et on est réduit, dans l'opinion que nous combattons, à expliquer ce dernier article par une inadvertance du législateur : le législateur aurait reproduit par mégarde les termes de la loi de 1838 sous l'empire de laquelle la résiliation de plein droit devait être admise (3).

177. — Il est une autre clause, qui est très fréquente dans les baux et qui est de nature à exercer quelque influence en cas de faillite sur les droits de la masse : c'est

(1) Voir en ce sens : Lyon-Caen, *Précis*, t. II, p. 864. — Tribunal de la Seine, 26 mai 1882, *Journal des faillites*, 1882, p. 354 ; Tribunal de la Seine, 11 avril 1894, *Journal des faillites*, 1895, p. 376.

(2) Voir un article de M. Dubasty, *Journal des faillites*, 1882, p. 44.

(3) Dubasty, *loc. cit.*

la clause en vertu de laquelle il est défendu au locataire de sous-louer ou de céder son bail.

Il semble bien résulter de l'article 550, § 4, que cette clause doive mettre obstacle à la continuation du bail par la masse (1). Le texte en question est assez obscur mais il faut reconnaître que c'est bien là le sens qu'on doit lui attribuer; or la règle qu'il contient est loin d'être satisfaisante.

Il n'y avait aucune nécessité d'assimiler la masse à un cessionnaire ou à un sous-locataire ; et étant donnés les inconvénients que peut avoir une clause, rendant fatale une résiliation soit immédiate soit à un an de date, il y avait lieu de l'interpréter plutôt très restrictivement ; on pouvait la considérer comme défendant simplement à la masse de sous-louer ou de céder le bail, mais comme ne lui interdisant pas de l'entretenir elle-même.

178. — Notons enfin qu'indépendamment de toutes clauses du bail dérogeant aux dispositions des articles 450 et 550, on peut rencontrer certaines circonstances capables de produire le même résultat. C'est ainsi que les règles précédentes relatives à la résiliation ne peuvent plus s'appliquer complètement, lorsque le failli n'est devenu locataire, qu'en acquérant un fonds de commerce dont le bail faisait pour ainsi dire partie intégrante. Mais c'est une hypothèse qui ne peut être envisagée utilement ici et dont il vaut mieux renvoyer l'étude au chapitre consacré aux ventes de fonds de commerce (2).

179. — *Immeubles auxquels la loi du 12 février 1872 ne s'applique pas.*

Les nouveaux articles 450 et 550, modifiés en 1872,

(1) Voir en ce sens Thaller, p. 982.
(2) Voir *infrà*, n° 243.

ne s'appliquent qu'aux « immeubles affectés à l'industrie ou au commerce du failli et aux locaux dépendant de ces immeubles et servant à l'habitation du failli et de sa famille » (art. 450, § 1er). Il en résulte que pour les autres immeubles dont il pourrait être locataire : maison d'habitation séparée de son usine ou de son magasin, villa de plaisance, etc., l'ancienne législation reste en vigueur.

Suivant nous, les principes applicables à la résiliation n'en sont pas moins les mêmes, seulement le privilège conserve toute l'étendue qui lui est donnée par l'article 2102 du Code civil. Le bailleur pourra donc, tout au moins quand le bail a date certaine, se faire payer par privilège de tous les loyers échus ou à échoir ; mais il ne pourra le faire que si, la masse ne voulant pas continuer le bail en maintenant gage suffisant, on arrive à la vente du mobilier. Comme il ne s'agit plus ici d'immeuble contenant l'actif commercial du failli, les inconvénients du privilège garantissant tous les loyers à échoir, ont paru moins considérables et c'est pourquoi on n'a pas cru devoir le supprimer.

Notons toutefois que si l'immeuble pris à bail par le commerçant failli était un fonds rural dont il était fermier, on appliquerait alors la loi du 19 février 1889 qui ne fait guère que reproduire les dispositions de la loi de 1872.

180. — Législations étrangères. — La plupart des législations étrangères se sont occupées de régler les droits du bailleur d'immeuble en cas de faillite de son locataire. Toutes reconnaissent au bailleur le droit de faire résilier le bail si la masse ne le prend à sa charge, et ne donne pas les sûretés garantissant le paiement des termes de loyer (1).

(1) Voir notamment article 19 et suiv. de la Konkursordnung ; article 23

Quelques-unes reconnaissent à la masse aussi bien qu'au bailleur le droit de faire résilier le contrat. C'est ce que décident notamment la loi allemande dans son article 19 revisé par la loi du 17 mai 1898 et la loi autrichienne dans son article 23.

Le Code de commerce italien (art. 702) et le Code de commerce roumain contiennent l'un et l'autre des dispositions analogues : ils admettent que la masse pourra demander la résiliation moyennant le paiement d'une juste indemnité, dans le cas où le bail devrait, à partir du jugement déclaratif, durer encore un certain temps (3 ans dans la loi italienne, 1 an seulement dans la loi roumaine).

Enfin certaines législations, notamment la législation allemande et la législation autrichienne (art. 23 de la loi sur les faillites du 25 décembre 1868), se sont occupées du cas où c'est le bailleur qui tombe en faillite. Elles admettent que dans ce cas la vente même volontaire de l'objet du bail pendant la faillite devra avoir, relativement à la résiliation du contrat, les mêmes effets qu'une vente forcée, c'est-à-dire enlever au locataire tous droits vis-à-vis du propriétaire nouveau.

du Code de commerce autrichien.

En Suisse cette solution n'est donnée que pour le bail à loyer (art. 288 du Code fédéral des obligations) ; quant au bail à ferme (art. 315) il prend fin de plein droit et peut seulement se continuer jusqu'à l'expiration de l'année courante, si la masse offre des garanties suffisantes.

En Belgique aucune loi analogue à notre loi de 1872 n'est venue modifier le Code de commerce. Mais la jurisprudence s'est toujours refusée à reconnaître au bailleur le droit de réclamer par privilège le montant des loyers à échoir lorsque les sûretés doivent être maintenues (Voir sur ce point Namur, *Code de commerce belge*, sous l'art. 450).

Section II. — **Louage de choses mobilières.**

181. — I. *C'est le locataire qui est en faillite.* — Il s'agit par exemple d'une machine louée par un industriel, d'un cheval loué par un commerçant pour son service de camionnage ; ici l'application de nos principes généraux ne fait plus aucun doute. Comme le locateur ne jouit d'aucun privilège, nous ne trouvons plus là de cause d'embarras.

Si la masse s'engage à continuer le contrat, et donne des garanties suffisantes d'exécution, le contrat est maintenu, il continue comme par le passé, sans qu'il puisse être question de résiliation. Le bailleur a désormais la masse pour débitrice et il ne peut lui réclamer les loyers qu'au fur et à mesure des échéances.

Si la masse se refuse à entretenir le bail, le locateur a alors le choix entre deux partis : ou bien faire résilier, et alors il a le droit de reprendre immédiatement la chose ; ou bien produire à la faillite pour tous les termes à échoir, et alors il continue d'être tenu de l'obligation de faire jouir que lui impose son contrat.

182. — II. *C'est le locateur qui est en faillite.* — Là encore la masse peut continuer le contrat, il n'y aura pas alors de résiliation et le locataire restera tenu du paiement des loyers.

Mais la masse n'est nullement obligée de continuer le contrat et de laisser la chose louée à la disposition du locataire. Ce dernier n'a aucun droit vis-à-vis des autres créanciers à une exécution intégrale; par suite il n'a droit qu'à un dividende dont la détermination suppose la réso-

lution en dommages-intérêts de l'obligation de faire dont le failli était tenu envers lui. Le syndic pourra donc reprendre la chose louée et la faire vendre dans les mêmes conditions que les autres meubles appartenant au failli.

D'ailleurs le locataire conserve, théoriquement tout au moins, le droit, tout en payant ses loyers, de produire à la faillite pour des dommages-intérêts représentatifs de l'obligation de faire dont le failli était tenu à son égard. Mais on peut dire que c'est là une hypothèse tout à fait invraisemblable et même absurde ; aussi dans le cas où la masse n'exécute pas le contrat c'est fatalement à une résiliation qu'on aboutit (1).

Louage de choses incorporelles.

183. — Il y a lieu d'appliquer ici les mêmes principes qu'au louage de choses *corporelles* mobilières.

Le louage de choses incorporelles ne paraît peut-être pas une hypothèse très pratique. Cependant, à Paris notamment, il y a souvent des locations de fonds de commerce; et d'autre part il y a des contrats, relatifs aux brevets d'invention ou encore concernant la reproduction ou publication des œuvres littéraires ou artistiques, qui semblent bien devoir être assimilés à de véritables louages et soumis aux mêmes règles.

184. — Deux choses caractérisent le louage : 1° c'est une simple concession de jouissance et non un procédé d'aliénation ; 2° il est consenti moyennant une redevance annuelle.

Dans ces conditions, rien ne s'oppose à ce que les par-

(1) Comparez Rouen, 17 janvier 1838, D. A., V° *Faillite*, n° 343-5°. Il s'agissait dans l'espèce d'un louage de chevaux à une Compagnie de messageries.

ties fassent du monopole d'exploitation, résultant d'un brevet, l'objet d'un louage comme elles auraient pu en faire l'objet d'une vente ou d'une donation (1). C'est ce qui aura lieu par exemple lorsqu'un inventeur breveté cède, pour un temps déterminé et moyennant une redevance annuelle, le droit d'exploiter son invention, ou fait dans les mêmes conditions une concession de licence.

C'est encore, croyons-nous, ce qui aura lieu dans le cas où la cession a été faite moyennant une part dans les bénéfices et sans qu'il y ait d'ailleurs société avec l'exploitant. Dans cette hypothèse, si l'exploitant vient à tomber en faillite, on est généralement assez embarrassé pour déterminer les droits du cédant (2). Si on le considère comme un vendeur, on doit, conformément à ce que nous verrons dans la partie suivante, lui refuser tout droit de revendication et l'autoriser uniquement à produire pour ce qui lui reste dû ; et dès lors comme dans la combinaison en question il n'y a pas de prix, on serait ainsi conduit à lui faire une situation par trop dure.

Aussi serions-nous assez porté à voir un louage dans l'opération en question. Le prix de location serait analogue à celui qui paye un colon partiaire. Le cédant avait cédé le droit d'exploiter le brevet moyennant un certain prix fixé d'après les bénéfices de l'exploitation, il semble bien dans ces conditions que la cession n'a été faite que pour le temps pendant lequel l'exploitation doit durer. L'exploitation s'arrêtant, l'inventeur reprend comme un bailleur la disposition de sa chose, c'est-à-dire la disposi-

(1) Voir en ce sens, Cour d'Orléans, 13 juillet 1892, D. 1893.2.329 avec une note de M. Planiol.

(2) Voir Pouillet, n° 259.

tion de son brevet, le droit de le céder à nouveau ou de l'exploiter lui-même (1).

185. — Pour le contrat d'édition on pourra également supposer des cas où la cession constitue plutôt un louage qu'une vente. C'est, croyons-nous, ce qui a lieu lorsqu'un auteur donne son manuscrit à exploiter, pendant un certain temps déterminé au moment du contrat,et moyennant une redevance annuelle, ou moyennant tant par exemplaire vendu. Les droits de l'auteur vis-à-vis de la faillite de l'éditeur seraient alors réglés comme en cas de louage de choses mobilières corporelles.

Le grand intérêt de cette manière de voir est qu'elle permet au co-contractant une résiliation du contrat, qui n'aurait pas été possible en cas de vente déjà exécutée de la part de ce co-contractant.

Remarquons d'ailleurs que la propriété littéraire et artistique,comme celle des brevets d'invention, est essentiellement temporaire ; dès lors, pour qu'on puisse parler de louage, il ne faut pas que la jouissance concédée par l'auteur ou l'inventeur l'ait été pour tout le temps que doit durer, d'après la loi, la propriété même de cet auteur ou de cet inventeur. S'il en est autrement, ce sont certainement les règles de la vente et non celles du louage qu'on devra appliquer.

Section III. — **Louage d'ouvrage et louage de services.**

186. — Nous retrouvons toujours les mêmes principes. En cas de louage d'ouvrage, si c'est l'entrepreneur qui tombe en faillite, celui qui a commandé les travaux et qui

(1) Voir en sens contraire Nancy, 23 mai 1866 : Pataille, 1866.248.

joue ici le rôle de locataire, peut mettre immédiatement le syndic en demeure de prendre l'engagement, au nom de la masse, d'exécuter les travaux promis ; si le syndic n'obtempère pas à cette mise en demeure, le locataire fera résilier le contrat, ou encore il produira à la faillite pour la valeur des travaux promis et paiera lui-même son prix. C'est bien entendu une hypothèse très peu pratique, que nous ne mentionnons que pour l'honneur des principes.

Lorsque c'est au contraire celui qui a commandé les travaux qui tombe en faillite, les règles à suivre sont les mêmes *mutatis mutandis*. L'entrepreneur, qui joue ici le rôle de locateur, pourra mettre immédiatement le syndic en demeure de prendre au nom de la masse le contrat à sa charge ; si le syndic n'obtempère pas à cette mise en demeure l'entrepreneur pourra faire résilier le contrat (1).

187. — En cas de louage de services, il y a une distinction à faire suivant que ce contrat a été conclu ou non pour un temps déterminé. Dans le premier cas nous n'avons rien à changer à ce qui a été dit précédemment. Quant au deuxième cas, il présente ceci de particulier qu'une instance judiciaire à fin de résiliation sera tojours inutile. En effet, le contrat étant fait pour une durée illimitée, chacune des parties doit avoir en principe le droit de donner congé à l'autre. Toutes les questions qui peuvent se poser alors concernent les dommages-intérêts auxquels pourrait prétendre la partie congédiée par suite de la faillite. Mais nous réservons toujours la question de dommages-intérêts pour notre dernière partie ; c'est donc là que nous aurons à parler de l'application en matière de faillite de la loi du 27 décembre 1890.

(1) Voir Thaller, *Traité*, p. 995.

188. — Rappelons d'ailleurs que la faillite dans des cas exceptionnels doit rester sans influence sur le louage d'ouvrage ou le louage de services ; c'est ce qui a lieu lorsque le dessaisissement ne met aucun obstacle à l'exécution, par le failli lui-même, du travail qu'il doit accomplir et qui n'est pas de nature à compromettre le gage des créanciers (1).

Dans ces conditions la faillite n'est pas par elle-même une cause de résiliation, c'est seulement l'inexécution à l'échéance qui produira ce résultat, le co-contractant ne peut donc pas, sous la menace d'une résiliation immédiate, mettre la masse en demeure de prendre le contrat à sa charge.

(1) V. *suprà*, nos 10 et 13.

QUATRIÈME PARTIE

RÉSOLUTION RÉTROACTIVE. DES CAS OU ELLE EST POSSIBLE ET DES CAS OU ELLE EST PROHIBÉE.

INDICATIONS PRÉLIMINAIRES.

189. — Jusqu'ici, en dehors des contrats qui sont certainement respectés par la faillite, et qui ont fait l'objet de notre première partie, nous n'avons encore envisagé que des contrats dont les *effets antérieurs* à la faillite ne pouvaient être atteints : ou bien les contrats en question n'avaient encore eu aucun effet, ou bien encore les effets qu'ils avaient déjà produits, étaient d'une nature telle, qu'ils devaient, par la force même des choses, échapper à tout anéantissement. Jusqu'ici, par conséquent, pour tous les contrats que nous avons dû étudier, nous n'avons eu à envisager que leur avenir, sans avoir jamais à nous préoccuper de leur passé.

Il va désormais en être autrement. Nous devons aborder maintenant l'étude des contrats, qui ont, dès avant la faillite, produit certains effets d'un anéantissement rétroactif possible : pour ces contrats, ce ne sont plus des questions de *résiliation* qui se posent, mais bien des ques-

tions de *résolution* ; la faillite, lorsqu'elle les atteint, ne se contente pas d'interrompre leur cours, elle anéantit en outre leurs effets antérieurs.

Hâtons-nous de dire que cette résolution, en raison précisément des effets rétroactifs qu'elle comporterait, est très souvent prohibée, et que, dans notre droit, la rupture du contrat, lorsqu'elle doit se présenter sous la forme d'une résolution, est loin d'être admise dans tous les cas où elle l'aurait été, si elle avait dû se présenter sous la forme d'une résiliation. Le co-contractant qui, pour échapper autant que possible aux conséquences de la faillite, se voit obligé de recourir à la résolution de son contrat, est loin de jouir de toutes les prérogatives, que nous avons reconnues, dans la partie précédente, au co-contractant qui ne s'est point encore exécuté ; le plus souvent, la résolution lui sera refusée et il en sera réduit à la condition de simple chirographaire.

Il nous faut déterminer maintenant d'une façon précise les contrats qui ne peuvent être rompus que par voie de résolution et qui doivent, par suite, faire l'objet de la présente partie.

Nous pouvons, pour les déterminer, procéder par élimination. Il faut écarter tout d'abord les contrats successifs, car pour eux la seule condition que puisse sous-entendre l'article 1184 du Code civil, est une condition extinctive (1) et non une condition résolutoire ; ces contrats ne sont donc susceptibles que de résiliation et non de résolution. Nous les avons d'ailleurs étudié déjà : dans notre deuxième partie, nous avons étudié ceux d'entre eux qui sont résiliés de plein droit, et dans notre troisième partie, ceux qui sont résiliables.

(1) V. *suprà*, n° 57.

Il nous faut écarter, d'autre part, les contrats qui, au moment de la faillite, n'ont encore reçu aucune exécution de la part du co-contractant. Pour ces contrats, comme l'avenir seul est engagé, nous avons adopté, en ce qui les concerne, l'expression de résiliation, et nous les avons étudiés, comme contrats résiliables, dans notre troisième partie.

Il faut enfin écarter les contrats dont l'exécution par le co-contractant a consisté dans un fait matériel qui, par la force même des choses, ne peut être anéanti rétroactivement. Pour ces contrats, il ne peut être question ni de résiliation, ni de résolution (1) ; le co-contractant est forcément réduit à la condition de simple chirographaire.

Restent donc les contrats qui ont eu pour conséquence un transfert de propriété, car c'est bien là un effet purement juridique sur lequel les règles du droit conservent tout leur empire, et dont elles peuvent décider l'anéantissement rétroactif. Ces contrats sont d'ailleurs les seuls que nous n'ayons pas encore envisagés, et c'est à leur étude que nous en arrivons maintenant.

L'objet de cette partie doit donc être : l'étude des cas où il y a eu par suite du contrat transfert de propriété et où la résolution du contrat est inséparable de la résolution de ce transfert (2).

(1) V. *suprà*, n° 58, p. 70, note (2).

(2) Les rédacteurs du Code civil, et c'est là une de leurs principales innovations, ont établi entre le transfert de la propriété et le contrat dont il dérive des rapports aussi étroits que possible ; il y a là deux choses qu'ils s'efforcent toujours de ne point séparer; et faisant opérer au contrat lui-même le transfert de propriété (art. 1138, C. civ.), ils ont pensé qu'à l'inverse la résolution du contrat ne pouvait aller sans la résolution de ce transfert. Aussi, comme dans certains cas la résolution du transfert eût été mauvaise, ils ont été amenés pour l'empêcher à prohiber la résolution du contrat lui-même.

Nous avons à rechercher dans quels cas cette résolution de la propriété pourra se produire, et dans quels cas au contraire le législateur la prohibe dans l'intérêt de la masse, et s'oppose par là à ce que le contrat puisse être résolu.

Nous devons toujours supposer dans cette partie : ou bien un contrat translatif de propriété, comme une vente de corps certain par exemple ; ou bien un contrat en exécution duquel la propriété a été transférée, comme une vente de choses *in genere* dont l'individualisation est déjà effectuée.

190. — Dans un premier chapitre nous nous occuperons des aliénations de meubles corporels et en particulier de la vente, et c'est à propos de ce contrat que nous dégagerons les principes généraux. Dans un deuxième chapitre nous traiterons des aliénations de meubles incorporels ; dans un troisième chapitre des aliénations d'immeubles ; puis dans un quatrième chapitre des clauses dérogatoires aux principes que nous avons posés.

CHAPITRE PREMIER

ALIÉNATION DE MEUBLES CORPORELS.

191.— Nous allons d'abord nous occuper exclusivement de la vente faite au failli, il sera facile de s'expliquer ensuite rapidement, sur le cas d'une vente faite par le failli, puis sur le cas d'un échange et enfin sur celui d'un contrat *do ut facias* passé avec le failli.

SECTION I. — Vente faite au failli.

192. — Il nous faut distinguer deux hypothèses :

1° Le co-contractant n'a pas encore livré, il a encore par devers lui les marchandises vendues.

Il faut supposer alors qu'il s'agit ou bien d'un corps certain ou bien de choses *in genere* qui ont été déjà individualisées, sans quoi il n'y aurait pas eu transfert de propriété et nous serions en présence d'un cas déjà examiné dans la partie précédente.

2° Le co-contractant a effectué la livraison ; et peu importe alors qu'il s'agisse de corps certains ou de choses *in genere*.

Nous examinerons ensuite ce qui se produit lorsque le co-contractant s'étant dessaisi de ses marchandises dans l'intention d'en opérer la livraison, il se trouve qu'au jour du jugement déclaratif, ces marchandises ne sont pas encore entrées dans les magasins de l'acheteur failli.

Prenons la première hypothèse.

§ 1. — Le vendeur n'a pas encore livré et a gardé par devers lui les choses vendues.

193. — Dans ce cas, la question qui se pose est de savoir si cette circonstance, qu'il y a eu transfert de propriété, doit être suffisante pour empêcher d'appliquer ici les principes qui régissent les ventes n'ayant encore produit aucun effet (1). Autrement dit la résolution devra-t-elle obéir ici aux règles que nous avons posées précédemment à propos de la résiliation ; la résolution devra-t-elle être admise dans les mêmes cas et aux mêmes conditions que la résiliation l'eût été si le contrat n'avait produit encore aucun effet. La difficulté provient de ce que la résolution du contrat doit aboutir ici, à faire sortir du patrimoine du failli un bien qui y était entré, et à permettre au co-contractant, qui gardera la chose vendue, d'échapper par là à la loi du concours.

Mais bien que la loi des faillites soit hostile aux privilèges et à tout ce qui peut diminuer le gage commun des créanciers, il était cependant impossible de prohiber la résolution dans notre cas. Défendre au vendeur non payé de garder sa chose, sous prétexte que la propriété en est dès maintenant acquise au failli, c'eût été de la scolastique juridique ; le principe de l'article 1138, si vanté par certains auteurs, résulte d'une conception qui n'a rien de nécessaire et que l'on peut parfaitement critiquer (2) ; il eût été ab-

(1) Pour certains auteurs, MM. Delamarre et Lepoitvin entre autres, t. VI, n° 86, il n'y a, dans les ventes commerciales, de transfert de propriété que s'il y a eu tradition de la chose vendue. S'il en était ainsi, aucune question ne pourrait se poser, et il n'y aurait même pas à distinguer le cas indiqué au texte de ceux déjà étudiés dans la 3e partie.

(2) Voir un article de M. Huc, dans le *Recueil de l'Académie de Toulouse*, t. XII, p. 246.

surde de vouloir en abuser alors qu'il se trouve en conflit avec ce principe de toute justice, d'où dérive l'article 1184, à savoir qu'on ne peut se prévaloir d'un contrat qu'on commence par violer soi-même.

194. — Il est vrai qu'on pourrait peut-être répondre que la masse, en admettant le vendeur au passif chirographaire, ne viole pas le contrat, que c'est sa manière à elle de l'exécuter et que l'on ne peut rien lui demander de plus. Mais si nous voulons bien admettre qu'un créancier ne peut jamais exiger de la masse autre chose, que la reconnaissance de son droit à un dividende, cela ne veut pas dire qu'il soit toujours obligé de se contenter d'un droit de ce genre. S'il jouit en fait d'une situation telle, qu'il lui soit possible d'y échapper, il n'y a aucune raison pour l'empêcher de le faire, et c'est pourquoi il y a lieu de reconnaître au vendeur, qui a perdu la propriété de la chose vendue, mais qui n'a pas encore livré cette chose, qui l'a gardée par devers lui, tous les droits que nous avons reconnus au vendeur dans notre troisième partie, pour le cas où il n'y aurait aucun transfert de propriété.

Il y a d'autant plus de raison d'admettre cette solution, que la résolution ne conduit pas ici — comme dans les ventes où les marchandises vendues ont été livrées — à une *revendication* de marchandises déjà livrées, et si cette revendication dont nous allons parler dans un instant, présente de graves inconvénients, qu'il importait d'éviter en prohibant toute résolution, il n'y avait aucune raison de faire de même dans notre hypothèse actuelle.

On comprend donc parfaitement que le législateur, dans le cas qui nous occupe, n'ait pas prohibé la résiliation. Il a même pris soin pour éviter toute équivoque d'accorder par un article spécial, l'article 577 du Code de commerce,

le droit de *rétention* au vendeur qui se trouve dans la situation que nous supposons. D'ailleurs le droit de rétention implique forcément le droit de résolution, celui qui a le droit de retenir ne pouvant être forcé de rester indéfiniment dans l'expectative et devant avoir le moyen de se faire dégager de ses obligations (1).

195. — Dans ces conditions nous n'aurions qu'à répéter ici tout ce que nous avons dit dans notre troisième partie, relativement à la vente faite au failli.

Nous préférons y renvoyer.

Le vendeur ne sera tenu de livrer que si le syndic lui offre un paiement immédiat, ou des garanties de paiement à l'échéance dans le cas où la vente a été faite à crédit (articles 577 et 578 du Code de commerce).

Si le syndic n'offre qu'un paiement en dividende, le vendeur peut, ou bien demander la résolution, ou bien s'il le préfère, livrer les marchandises vendues, et produire au passif chirographaire.

D'ailleurs tant qu'il n'aura pas obtenu la résolution du contrat,il restera toujours exposé aux poursuites du syndic qui pourra, en payant intégralement le prix convenu, exiger la livraison (2).

Indiquons en terminnant que ce système est généralement admis par les législations étrangères (3).

(1) Voir Dijon, 19 février 1867, S. 1867.2.316. On a voulu tirer de cet arrêt le principe que le droit de rétention ne peut être exercé qu'à charge de rendre les acomptes. Il en résulte plutôt que la résolution, qui en matière de faillite prend le nom de revendication, ne peut s'exercer qu'à la condition de rembourser les acomptes reçus et cela, même lorsqu'il s'agit de résolution intervenant quand le vendeur est resté en possession et qu'il ne s'agit pas de la revendication tout exceptionnelle des marchandises en cours de route.

(2) Voir sur ces différents points, n° 125 et suiv.

(3) Voir Thaller, *La faillite en droit comparé*, t. II, p. 91.

§ 2. — Le vendeur a effectué la livraison et a opéré la tradition dans les magasins de l'acheteur.

196. — Remarquons tout d'abord que, si les objets livrés ont perdu chez l'acheteur leur individualité ou se trouvent alors entre les mains d'un tiers protégé par la règle : *en fait de meubles, possession vaut titre*, toute résolution de la vente est devenue, par là même, absolument impossible. Ce sont donc là des hypothèses que nous devons écarter ; nous n'avons à nous occuper que du cas où les objets vendus se trouvent encore entre les mains du failli et y ont gardé leur individualité.

197. — Notre droit civil, tout en accordant au vendeur d'objets mobiliers un privilège et le droit de revendication spéciale de l'article 2102, § 4, laisse subsister à son profit le droit de résolution établi par l'article 1184 et appliqué à la vente par l'article 1654.

Cette superposition d'un privilège et d'un droit de résolution permettant de reprendre la chose vendue, n'est pas sans apparaître comme un peu étrange, et l'on peut se demander si une protection aussi énergique s'impose d'une façon tellement nécessaire, qu'il ne soit jamais possible de la supprimer.

Sans doute il est indispensable, dans tout contrat à titre onéreux, que chaque partie ne soit obligée d'exécuter ses propres obligations, qu'autant que le co-contractant exécute les siennes ; chaque partie a un droit absolu à l'exécution *Zug um Zug* comme disent les Allemands. Le droit de rétention apparaît donc comme un droit nécessaire et l'on doit en dire autant du droit de résolution, ouvert à la partie qui est en mesure de retenir et qui ne peut être obligée de rester indéfiniment sur la défensive.

Mais lorsqu'il y a eu déjà transfert de propriété, que les objets, dont la propriété a été ainsi transmise, ont été livrés, le droit, pour celui qui s'est exécuté de revenir en arrière, de reprendre la prestation fournie, ne se présente plus comme un droit aussi nécessaire.

Le vendeur qui a livré, a suivi la foi de son acheteur, il a échangé la propriété des biens vendus contre un simple droit de créance, dès lors il n'y aurait rien d'inique à ne lui reconnaître que les droits d'un créancier ordinaire.

On sait que c'était là, en principe tout au moins, la solution donnée par le droit romain en cas de vente à crédit. Cette solution est donc loin d'être inacceptable, et l'on pouvait parfaitement, s'il y avait à cela quelque avantage, s'y arrêter en matière de faillite.

198. — Nous allons maintenant rechercher comment le droit civil en est arrivé à reconnaître au vendeur, qui s'est dessaisi, un privilège et un droit de résolution, et comment notre droit des faillites en est arrivé, au contraire, à lui refuser ces garanties.

199. — Le droit romain, relativement aux garanties à reconnaître au vendeur, faisait une distinction entre les ventes au comptant et les ventes à crédit (1).

La vente avait-elle eu lieu au comptant, le vendeur, qui avait ainsi manifesté son intention d'être payé donnant donnant, qui, lors de son contrat, avait refusé de suivre la foi de son acheteur et de se contenter d'un simple droit de créance, était très énergiquement protégé : même après tradition de la chose vendue, il en restait propriétaire tant que le prix ne lui était pas payé. Il avait donc à sa disposition *l'action en revendication*.

(1) V. *Institutes* de Justinien, § 41, *de divisione rerum*.

La vente avait-elle eu lieu au contraire à crédit, et le vendeur avait-il montré par là qu'il suivait la foi de son acheteur, alors la tradition transférait immédiatement la propriété et le vendeur, une fois cette tradition opérée, en était réduit à un simple droit de créance (1).

Le privilège du vendeur n'existait pas en principe en droit Romain ; mais la pratique avait imaginé un expédient permettant de suppléer à ce défaut de garantie.

Le vendeur, en opérant la tradition, remettait seulement à son acheteur la *possession précaire* de la chose vendue, et il en gardait la propriété et même la possession civile ; par suite contre un tiers quelconque il avait l'action *en revendication*, et contre son acheteur il avait la ressource de l'interdit *de precario* (2).

Tant que le terme n'était point échu, le vendeur ne pouvait rien contre son acheteur ; s'il lui avait pris fantaisie de vouloir reprendre, au moyen de l'interdit *de precario*, la détention de la chose vendue, il aurait été immédiatement après, sur l'action *empti* de son acheteur, obligé d'effectuer à nouveau la livraison (3).

Notons enfin que cette convention de précaire dut d'ailleurs être facilement suppléée par le juge de l'action *venditi* (4).

200. — Notre droit coutumier adopta les mêmes principes : la propriété n'était pas transférée par la tradition dans la vente sans terme ; elle l'était au contraire définitivement dans la vente à crédit. On en trouve la preuve dans les coutumiers de Brodeau et de Jean Des-

(1) V. Ulpien, Dig., loi 13, § 8, livre XIX, t. 1.
(2) Ulpien, eod., tit. 8, loi 13, § 21.
(3) Ulpien, Dig., loi 20, livre XLIII, t. 26 *de precario*.
(4) Ulpien, l. 31, § 20, *in fine*, livre XXI, t. 1.

mares (1), et cette solution fut définitivement consacrée par la coutume de Paris (article 194 de la rédaction de 1510, qui devient l'article 176 dans la rédaction de 1580).

Mais le vendeur à terme pouvait recourir à l'expédient du précaire et la rédaction de 1580 introduisit à cet égard une disposition spéciale qu'on ne rencontrait pas dans la première rédaction. C'est à l'article 177 que se trouve l'innovation.

Pour protéger le vendeur à crédit, on lui accorda un droit de préférence, un droit qui est opposable aux autres créanciers et qui ne l'est pas aux tiers. Les commentateurs furent quelque peu embarrassés pour expliquer cette disposition singulière et Claude de Ferrières dans sa complication propose, au sujet de cet article 177, trois justifications différentes.

Beaucoup d'auteurs coutumiers se contentaient de dire que la clause de précaire était de style dans la pratique française (2), mais l'article 177 de la coutume de Paris ne cadrait pas très bien avec cette manière de voir. Suivant Despeisses (3), la clause de précaire n'empêchait pas le transfert de la propriété, mais elle donnait au vendeur une hypothèque spéciale et privilégiée, en vertu de laquelle il pouvait faire vendre la chose sur laquelle portait son précaire.

C'est cette conception d'une hypothèque privilégiée, qui finit par l'emporter et l'on en vint, comme le fait Pothier, à ne plus parler de précaire (4). C'est ainsi que prit nais-

(1) Déc. 184.
(2) Dolive, livre IV, chapitre X ; Catellan, livre VII, chapitre 5.
(3) T. I, sect. 6, n° 19.
(4) Pothier, *De l'hypothèque*, chap. I, section I, art. 3.

sance le privilège du vendeur consacré maintenant par notre Code civil, article 2102, § 4 (1).

Prenons maintenant le droit de résolution.

201. — La pratique romaine imagina de bonne heure d'adjoindre aux ventes, sous forme de pacte, une clause résolutoire, la *lex commissoria* : la vente sera résiliée si l'acheteur ne paie pas son prix.

Remarquons d'ailleurs que, même avec la clause de précaire, cette *lex commissoria* conservait malgré tout son utilité ; le vendeur, en reprenant sa chose, était désormais dégagé de ses obligations, il n'avait plus à craindre d'être forcé plus tard de livrer à nouveau la chose vendue, si son acheteur, en lui offrant le prix convenu, intentait contre lui l'action *ex empto* (2).

D'autre part dans le droit classique cette *lex commissoria* ne pouvait jamais faire résoudre la propriété elle-même. Lorsqu'en l'absence de clause de précaire la propriété était passée à l'acheteur, ce transfert ne pouvait être anéanti. Le vendeur ne retirait donc du pacte commissoire qu'un simple droit de créance, il était par suite obligé de subir le concours des autres créanciers de son acheteur, de respecter les droits réels constitués par celui-ci sur la chose vendue.

Il est vrai qu'Ulpien proposait d'accorder au vendeur une action *in rem* utile, mais il est probable, sans vouloir entrer ici dans plus de détails, que la résolution de la propriété, si elle fut jamais admise, ne le fut en tout cas que sous Justinien (3).

(1) Voir sur cette question un article de M. Demante, *Revue critique*, 1854, p. 448.

(2) Voir Ulpien, l. 20, chapitre XLIII, t. 26, *de precario*.

(3) Dig., loi 41, l. VI, t. 1.

Quoi qu'il en soit, la *lex commissoria* qui produisait d'ailleurs ses effets, sans qu'il fût besoin d'une demande en justice, ne devint jamais de style en droit romain : « *Non ex eo, quod emptor non satis conventione fecit contractus, constituitur irritus* (1).

202. — En passant dans notre droit, le pacte commissoire subit de profondes modifications, il devint de style et n'opéra plus de plein droit. Cela se produisit sans doute sous l'influence du droit canonique (2).

Le droit canonique recommande aux parties de sanctionner par le serment les conventions qu'elles concluent ; dès lors, si l'une des parties n'exécute pas ses conventions, l'autre est libérée des siennes : *fidem non servanti fides non servatur* (3). Mais c'est là une conséquence du parjure, et il n'est pas besoin, pour qu'il en soit ainsi, d'une clause résolutoire expresse.

D'autre part celui qui manque à la foi jurée encourt l'excommunication. Mais l'excommunication est une peine, elle ne doit frapper que les coupables, et n'atteindre que la faute ; et comme la faute consiste non pas dans l'inaccomplissement par le débiteur des obligations qui lui incombent, mais dans le refus de les exécuter, il est nécessaire que la justice intervienne pour apprécier s'il y a parjure pouvant donner lieu à résolution.

C'est ainsi qu'on en arriva, à décider que la résolution devait être prononcée par justice, les juges pouvant d'ailleurs accorder au débiteur certains délais.

Nous voyons qu'au temps de Pothier (4), l'évolution

(1) Loi 14 au Code, liv. 4, tit. 44, *de rescinda venditione*. Voir également loi 8 au Code, liv. 4, tit. 38, *de contrahenda eruptione*.

(2) V. Leveillé, *De la Résolution pour inexécution des charges*, p. 92.

(3) Capitulaire III, *jurejurando*, an 1180.

(4) Pothier, *Vente*, n° 475 et *Oblig.*, 11e partie, chapitre VII, article 2.

était accomplie : Le pacte commissoire était toujours sous-entendu dans les ventes, mais il n'opérait pas de plein droit ; il fallait une *sentence de résiliement* et les juges pouvaient toujours accorder des délais à l'acheteur.

D'autre part la résolution donnait au vendeur non seulement un droit de créance contre l'acheteur, mais le droit de revendiquer les choses vendues.

C'est ce système qui fut consacré par notre droit civil, et c'est ainsi, que le vendeur, qui s'est dessaisi, se trouve avoir un droit de résolution en dehors du privilège dont nous avons indiqué plus haut l'origine.

203. — La loi des faillites devait-elle respecter ces garanties ? et surtout, car c'est là le point qui nous intéresse, devait-elle autoriser notre vendeur à faire tomber la vente et à reprendre les objets vendus au préjudice des autres créanciers ? Nous ne le croyons pas.

La loi des faillites doit chercher à établir l'égalité entre créanciers, elle ne doit admettre de privilèges que lorsqu'elle y est forcée, lorsque ces privilèges sont imposés par l'intérêt général ou par l'équité. Or quelque respectables que soient les intérêts du vendeur, les prérogatives que lui confère le droit civil soulèvent trop d'objections en matière de faillite, pour qu'il y ait lieu de les lui conserver.

204. — Ce sont là des prérogatives trop fragiles, pour que le vendeur puisse prétendre qu'il avait compté sur elles et qu'il n'avait traité avec le failli, qu'en considération des garanties qu'elles devaient lui donner.

En effet le droit de résolution et le privilège supposent que les objets vendus sont entre les mains du failli, et y ont conservé leur identité ; or ce sera pur hasard, s'il en est encore ainsi au moment de l'ouverture de la faillite ; il

y a de grandes chances au contraire pour que ces objets aient été déjà revendus, ou bien aient été transformés par une fabrication quelconque, ou encore se soient simplement confondus avec les autres biens du failli. Lorsqu'il s'agit de marchandises, et c'est là le cas le plus fréquent, le vendeur doit forcément s'attendre, à ne plus les retrouver dans les mains du failli, puisque ce dernier ne les a évidemment point achetées pour les conserver tel que, dans ses magasins (1).

Dès lors, il n'y avait pas lieu de laisser au vendeur des garanties sur lesquelles il n'avait aucune raison de compter et qui blesseraient l'égalité, cette grande loi de la faillite.

D'autant plus que c'est en somme, le failli lui-même qui serait le dispensateur des faveurs de la loi, qui serait libre d'en faire bénéficier qui bon lui semblerait ; « les créanciers seraient à la merci de la volonté du failli, qui pourrait à son gré favoriser l'un, sacrifier l'autre, en conservant ou dénaturant les signes qui peuvent constater l'identité, et en retardant ou accélérant la vente des effets qui lui auraient été livrés (2) ».

Et c'est pourquoi nous arrivons à cette conclusion que la faillite devait enlever à notre vendeur les prérogatives, qu'il aurait eues de droit commun et en particulier son *droit de résolution.*

C'est précisément là la solution, que devaient adopter après bien des hésitations, les rédacteurs de nos lois commerciales ; ils devaient toutefois, comme nous le verrons bientôt, conserver le droit de résolution au profit du vendeur dessaisi, lorsque les marchandises expédiées par lui

(1) V. Boistel, p. 772 ; Bravard et Demangeat, t. V, p. 538.
(2) Rapport de Ségur au Corps législatif le 9 juillet 1807.

ne sont pas arrivées encore dans les magasins du failli, ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour le compte du failli.

205. — Sous l'empire de la grande ordonnance de 1673 le vendeur gardait, malgré la faillite, les prérogatives que lui reconnaît le droit commun : notamment il pouvait revendiquer les marchandises dont il n'avait point été payé et qui se trouvaient encore en nature dans les magasins de l'acheteur. Les usages du commerce exigeaient d'ailleurs à cet égard « que les marchandises en question fussent encore sous balles et sous cordes, qu'elles aient capes ou guesnes, queues chef et aulnage, ou s'il s'agissait de marchandises dans des tonneaux, qu'il n'eût point été mis au tonneau de fontaine, broche ou cannelle pour les mettre en état d'être débitées (1) ».

Beaucoup d'esprits trouvaient que les prérogatives accordées au vendeur dessaisi étaient exagérées ; si bien que, sur ce point, des innovations furent proposées par la commission nommée le 13 germinal an IX pour préparer le Code de commerce.

206. — Le projet, que cette commission présenta aux consuls le 13 frimaire an X, contenait un article ainsi conçu : « La loi n'admet aucune revendication sur les marchandises ou autres effets mobiliers du failli » (art. 351) (2).

Lorsque les différents tribunaux : cour de cassation, tribunaux d'appel et tribunaux de commerce, furent appelés à donner leur avis sur le projet, cet article 351 souleva

(1) V. Denisart, V° *Revendication*, n° 9 (acte de notoriété du Chatelet de Paris du 13 mai 1711).

(2) Il est hors de doute qu'il s'agit ici de la revendication provenant de la résolution de la vente.

certaines protestations. Il fut très vivement critiqué par les tribunaux d'appel d'Orléans et de Dijon ; et les tribunaux d'Angers, de Rouen et de Pau voulaient tout au moins qu'on y apportât certaines dérogations. Toutefois, la Cour de cassation approuvait la prohibition complète de toute revendication, et il en était sans doute de même des tribunaux d'Agen, d'Amiens, de Bruxelles, de Caen, de Douai, de Nancy, de Rennes qui ne présentèrent aucune observation à cet égard. Les tribunaux de commerce étaient, eux aussi, partagés sur la question. Mais plusieurs demandaient, comme le tribunal d'appel de Pau, que la revendication fût admise lorsque les marchandises, au jour de la faillite, étaient encore en cours de route. C'est ce qui résulte notamment des observations des tribunaux d'Albi, de Beauvais, de Blois, d'Avallon.

C'est dans ces conditions que le problème du droit de résolution, qu'on qualifie toujours alors de *droit de revendication,* fut discuté au Conseil d'État dans les séances des 2 et 5 mai 1807. Le Conseil d'État se prononça en faveur de la solution transactionnelle proposée par le tribunal de Pau et par plusieurs tribunaux de commerce. Mais le Tribunat combattit énergiquement ce système et voulut la suppression complète, en matière commerciale, de toute revendication, comme « contraire au crédit, féconde en embarras, destructive de l'égalité entre créanciers ». Le 9 juillet 1807, de Ségur rendit compte au Conseil d'État des observations du Tribunat, l'Empereur assistait à la séance, où il fut question de la revendication ; il vit qu'il y avait du pour et du contre, aussi voulut-il connaître la législation en vigueur et les vœux du commerce, et il fit faire à cet effet un rapport par Joubert.

207. — Après ce rapport, le Conseil d'État persista

dans la rédaction qu'il avait adoptée, et ce fut son système qui passa dans le Code de commerce de 1808, aux articles 576, 577, 578, 579 et 580.

D'après ce système la revendication est prohibée pour les *marchandises* entrées dans les magasins du failli ; elle n'est admise que pour les marchandises en cours de route, à condition toutefois que leur identité soit établie et qu'elles n'aient pas été vendues déjà sur factures et connaissements ou lettre de voiture.

D'ailleurs le Code de commerce ne parlait que des *marchandises* et d'autre part ne disait rien du privilège. Cela laissait place à bien des incertitudes ; toutefois après des hésitations on en était arrivé à admettre la doctrine suivante. Pas de privilège ni de résolution, quand il s'agit d'une vente de *marchandises* : dans ce cas la revendication commerciale des marchandises en cours de route est seule admise ; au contraire, si les objets vendus ne sont pas des marchandises, mais sont des choses qui n'entrent pas dans le mouvement commercial, comme des meubles meublants, par exemple, le droit de résolution et les prérogatives de l'article 2102 sont maintenus (1).

Toutefois, d'après certains arrêts, si le vendeur n'est pas un commerçant, il conserve son privilège sur les objets vendus, bien qu'ils soient entrés dans des magasins de l'acheteur tombé depuis en faillite.

208. — Quoi qu'il en soit, lorsque, vingt-cinq ans après la promulgation du Code de commerce, il fut question de le réviser, la question des prérogatives à accorder au vendeur revint sur le tapis ; elle suscita alors des polémiques plus ardentes encore qu'en 1807, et ce n'est qu'après de

(1) V. en ce sens : Pardessus, t. 4, p. 362 et 498 ; Boulay, t. 2, p. 20 et 330 ; Vincens, t. 1, p. 506.

longues discussions, qu'on en arriva à la rédaction actuelle.

Le projet primitif du gouvernement contenait un article ainsi conçu : « Les marchandises expédiées aux frais et risques de l'acheteur seront considérées comme livrées. Les marchandises faisant route, mais dont la livraison aura été subordonnée par la lettre de voiture au paiement immédiat du prix, seront réputées non livrées. » La première commission de la Chambre des députés, au commencement de l'année 1835, ne voulut point adopter ce système et proposa la rédaction suivante : « Pourront être revendiquées les marchandises expédiées au failli, tant que la tradition réelle n'en aura point été effectuée au lieu de leur destination. »

Lorsque la discussion s'engagea à la Chambre des députés en février 1835 la lutte fut particulièrement vive ; et la Chambre, après avoir examiné un certain nombre d'amendements, finit par adopter l'article de la commission. Le gouvernement n'en persista pas moins dans son opinion primitive et, devant la Chambre des Pairs, il continua de manifester son hostilité à la revendication. Malgré cela la Chambre des Pairs se rangea à l'avis de la Chambre des députés.

C'est alors que le gouvernement élabora un second projet. Fidèle à ses principes, il y supprima purement et simplement toute disposition relative aux marchandises en cours de route. M. Persil en présentant ce second projet à la Chambre des Pairs le 17 janvier 1837 s'attacha à montrer ce que la revendication en cours de route présente d'étrange : elle dépend, en somme, de la distance des lieux, des accidents qui peuvent prolonger ou abréger le voyage etc... et surtout de la volonté du failli « qui est toujours le maî-

tre d'anéantir la revendication par une revente des marchandises ».

Ce nouveau projet du gouvernement fut renvoyé par la Chambre des Pairs à une commission. M. Tripier, rapporteur de cette commission, conclut le 11 mai 1837 devant la Chambre des Pairs en faveur de la revendication des marchandises en cours de route. Le gouvernement ne s'opposa pas à cet amendement qui fut dès lors adopté par la Chambre des Pairs. La Chambre des députés le vota à son tour le 17 mars 1838 et lorsque le projet revint devant la Chambre des Pairs, le 14 mai 1838, il y fut adopté sans discussion.

C'est ainsi que la revendication des marchandises en cours de route fut définitivement maintenue dans notre code à l'article 576 et que le droit de résolution fut repoussé en ce qui concerne les marchandises entrées dans les magasins du failli.

Quant au privilège (1) et au droit de revendication établis par le numéro 4 de l'article 2102 du Code de commerce, ils furent d'ailleurs supprimés par le nouvel article 550.

209. — Ayant ainsi montré, à la suite de quelles hésitations les rédacteurs de nos lois commerciales en sont arrivés à restreindre les garanties accordées par le droit civil au vendeur non payé, nous n'avons plus qu'à indiquer les conséquences, qui résultent de cette situation relativement à la solution de notre problème actuel.

Ce problème, rappelons-le, est de savoir ce que devient

(1) Notons d'ailleurs que le privilège du vendeur de navire dérivant de l'article 191-8, C. comm., n'est pas anéanti par la faillite de l'acheteur. C'est une solution admise par tous les auteurs, mais qui ne se justifie pas en raison. Voir notamment Lyon-Caen, t. VI, p. 598, Desjardins, I, n° 141, Dufour, I, n° 148, Bravard et Demangeat, IV, p. 53 Renouard, II, p. 264.

la vente faite au failli, lorsque les objets vendus sont déjà entre les mains de celui-ci au moment où la faillite éclate. Si dans ce cas la résolution avait été admise, c'eût été, en raison des principes de l'article 1184, une résolution aux effets rétroactifs, entraînant la résolution de la propriété elle-même, faisant sortir du patrimoine du failli, des biens qui y étaient entrés déjà, et qui y étaient entrés d'une façon rendue apparente par la livraison.

Cette résolution est prohibée justement à raison des effets qu'elle aurait produits. Nous nous trouvons donc en présence d'un cas où il faut abandonner complètement les principes de notre troisième partie : la faillite ne porte plus atteinte à la vie du contrat, elle ne permet pas de l'anéantir ; la vente subsiste, les objets vendus restent la propriété du failli et le vendeur reste simple créancier de son prix. La faillite changera bien ce droit de créance en un droit à un dividende, mais ne touchera pas à la vente elle-même.

210. — Que ce soit là la solution que le Code de commerce nous impose, cela n'est pas douteux.

Si le législateur, dans le cas qui nous occupe, n'a pas formellement prohibé le droit de résolution, son intention n'en est pas moins certaine. Ce n'est qu'après avoir longtemps hésité sur le point de savoir s'il n'enlèverait pas au vendeur dessaisi tout droit de revendication, qu'il a fini par admettre, comme nous l'avons vu plus haut, la revendication en cours de route prévue à l'article 576. Il est donc bien certain qu'en admettant cette revendication en cours de route, il n'a voulu admettre que celle-là, et a prohibé toute autre revendication fondée sur une résolution de la vente.

D'ailleurs, l'article 550 en fournit une nouvelle preuve

irréfragable. La suppression, par cet article, du privilège et du droit de revendication spécial de l'article 2102-4, entraîne par une conséquence nécessaire celle du droit de résolution. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point et la jurisprudence est définitivement fixée (1).

211. — Mais il importe de faire remarquer que la faillite n'empêche pas toute condition résolutoire de produire effet. Nous croyons que c'est seulement la résolution basée sur l'article 1184 qui est supprimée.

Certaines raisons, qui ont été données pour expliquer cette suppression, seraient seules capables d'induire en erreur. En effet, on dit souvent que ce droit de résolution retire du gage commun des créanciers certains biens, que ces créanciers avaient vu dans les magasins de leur débiteur, qu'ils devaient par suite, envisager comme faisant partie de leur gage, et en considération desquels ils avaient peut-être été amenés à faire crédit au failli.

Cette idée a certainement influé sur la décision du législateur ; mais si l'on devait l'admettre sans réserve, elle ne conduirait à rien moins qu'à supprimer toute revendication à l'encontre de la faillite ; elle impliquerait l'existence en faveur de la masse d'une présomption : vis-à-vis de la masse le failli serait réputé propriétaire de tous les objets, qui se trouvent entre ses mains. Or une pareille présomption existe bien en droit anglais, où elle porte le

(1) V. notamment Alauzet, *Com. du C. de c.*, t.VIII, n° 2784 ; Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, t. III, n° 1830 ; Rousselier, *Du droit de résolution et du privilège accordé au vendeur non payé*, p. 178 ; Demangeat sur Bravard, *Cours de droit commercial*, t. V, p. 535 ; Boistel n° 1005 ; Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3012 ; *Jurisp. générale*, V° *Faillite*, n° 1840.— Cassation civile, 21 avril 1884, D. 1884.1.241 ; Cassation, 24 décembre 1889, D. 1890.1.161 ; Agen, 26 mai 1868, S. 1868.2.231 ; Paris, 1886, S. 1887.2.25.

nom de *reputed ownership* (1), mais elle n'existe certainement pas en droit français : les articles 574 et 575 du Code de commerce en fournissent la preuve certaine. Si le droit de résolution est dénié au vendeur, c'est par haine du privilège et surtout d'un privilège, sur lequel le vendeur ne pouvait pas compter, et qui dépendrait, en somme, de la volonté même du failli.

Mais toute revendication fondée sur l'arrivée d'une condition n'est pas paralysée par la faillite, et il nous semble que la Cour de Bordeaux a fait une saine application des principes dans un arrêt du 2 novembre 1886 (2). Il résulte de cet arrêt « qu'une vente subordonnée à l'agréage de l'acheteur n'étant pas parfaite aussi longtemps que les marchandises n'ont pas été agréées, la revendication en est possible quand la faillite de l'acheteur survient avant l'accomplissement de la condition, *bien que les marchandises soient entrées dans les magasins de l'acheteur* (3) ».

212. — Par contre le droit de résolution fondé sur la *lex commissoria*, est refusé à tout vendeur quel qu'il soit. Il importe peu que ce vendeur soit ou non commerçant, que la vente ait pour objet des marchandises ou des meubles quelconques. Les termes très généraux du nouvel article 550 ne laissent plus aucun doute à cet égard, et ont

(1) Art. 44 de la loi anglaise, v. Lyon-Caen, « Loi anglaise du 25 août 1883 », p. 60, v. également Stephens, *Commentaries*, II, 166.

(2) D. 1887.2.157.

(3) Il est vrai que les ventes soumises à l'agréage de l'acheteur sont réputées faites sous condition suspensive et non sous condition résolutoire (art. 1588), mais d'abord il peut en être autrement et au fond cela importe peu ; ce serait un abus de dogmatique juridique que de vouloir faire dépendre les droits du co-contractant du caractère donné à la condition. Nous verrons un peu plus loin que le vendeur ne pourrait pas, en vendant sous une condition suspensive de paiement du prix, se ménager un droit de revendication à l'encontre de la masse.

fait disparaître toutes les controverses, qui existaient sous l'empire du Code de 1808 (1).

Il est à peine besoin de dire que toutes ces solutions s'appliquent aussi bien en matière de liquidation judiciaire qu'en matière de faillite (2). Cela est d'ailleurs imposé par l'article 24 de la loi du 4 mars 1889.

213.—Enfin nous ne pouvons pas ne pas signaler ici une conséquence inattendue que peut entraîner dans certains cas la suppression du privilège et du droit de résolution. Il se peut que la suppression de ces prérogatives profite non à la masse mais au bailleur des immeubles occupés par le failli.

En effet, d'après l'article 2102, § 4, al. 3, le bailleur a privilège sur tout ce qui garnit la maison louée, même sur les meubles achetés par le locataire et dont le prix n'est pas encore payé ; toutefois s'il est prouvé que ce bailleur avait connaissance du non-paiement du prix, son privilège est primé par celui du vendeur. Dès lors, en cas de faillite, comme le privilège du vendeur n'existe plus, le bailleur pourrait exercer librement son privilège sur tous les objets non payés, même s'il est de mauvaise foi, et dans ce dernier cas c'est à lui que profiterait la suppression du privilège du vendeur (3).

C'est certainement là un résultat détestable, et plusieurs systèmes ont été proposés pour y échapper. L'un d'eux, celui proposé par M. Lyon-Caen dans une note sous l'arrêt de la Chambre des requêtes au Sirey (1895.1.209), devrait

(1) V. en ce sens : tribunal de commerce d'Epernay, 19 août 1891, *Journal des Faillites*, 1891, p. 518.

(2) V. Cour de Rouen, 7 mars 1892, *Journal des Faillites*, 1893, p. 163.

(3) C'est ce qu'a décidé la Cour de Dijon, 8 janvier 1894, *Journal des Faillites*, 1894, p. 314, et après elle la Chambre des Requêtes qui a rejeté le pourvoi, 18 janvier 1895, S. 1895. 1.209.

rallier tous les suffrages. Puisque l'article 550 prohibe l'exercice du privilège *contre la faillite*, rien n'empêche de l'exercer contre le bailleur, ce bailleur qui de droit commun aurait dû, dans le cas qui nous occupe, passer après le vendeur non payé, ne peut pas se prévaloir de la faillite pour passer le premier. Dès lors le bailleur fera valoir son privilège contre la masse, il en a le droit ; et c'est sur les sommes qui sont ainsi attribuées au bailleur que le vendeur se fera colloquer par préférence.

§ 3. — Les marchandises ne sont pas entrées dans les magasins de l'acheteur.

214. — Après avoir examiné successivement l'hypothèse où le vendeur ne s'est point dessaisi des marchandises vendues, et l'hypothèse où les marchandises livrées sont entrées dans les magasins de l'acheteur, il nous faut prendre ce cas intermédiaire pour lequel les rédacteurs du Code et ceux de la loi de 1838 ont donné une solution spéciale, c'est-à-dire le cas, où le vendeur étant dessaisi, les marchandises ne sont pas entrées encore dans les magasins de l'acheteur.

Dans ce cas, quelle solution convenait-il d'adopter relativement au droit de résolution ? Devait-on l'accorder au vendeur, comme s'il avait encore gardé les marchandises par devers lui ? Devait-on, au contraire, le lui refuser comme si les marchandises étaient déjà entrées avant la faillite dans les magasins du failli ?

215. — Il y a tout d'abord une hypothèse à écarter, c'est l'hypothèse où l'acheteur aurait revendu sans fraude les marchandises en cours de route, en négociant le titre de transport.

Par suite de cette négociation du titre, faite à son profit, le sous-acquéreur se trouve investi de la possession juridique de la chose (art. 92, § 2, C. com.), il est donc protégé par la règle de l'article 2279 du Code civil « en fait de meubles, possession vaut titre » et toute résolution devient par là même impossible. Ce qui la fait écarter, ce n'est plus l'intérêt de la masse, c'est l'intérêt de l'ayant-cause de l'acheteur.

Nous devons d'ailleurs, à propos de cette hypothèse, donner quelques explications indispensables, et commenter succinctement les dispositions de l'article 576, § 2.

Abstraction faite de cet article, les principes généraux du droit et la règle de l'article 2279 du Code civil auraient conduit à prohiber la résolution aux deux conditions suivantes :

1° Que la revente ait été faite sans fraude ; car s'il y a eu collusion frauduleuse entre l'acheteur primitif et le sous-acheteur, il est clair que ce dernier ne peut plus être protégé par la règle de l'article 2279 et que le vendeur doit conserver tous ses droits.

2° Qu'il y ait eu transmission régulière du titre de transfert : lettre de voiture, connaissement ou récépissé ; autrement dit, que ce titre ait été régulièrement endossé, s'il est à ordre, remis de la main à main, s'il est au porteur.

Effectivement si ces deux conditions sont réalisées, elles suffisent, croyons-nous, pour rendre toute résolution impossible et pour mettre complètement à l'abri le tiers acquéreur, ainsi le veulent sinon les dispositions de l'article 576, § 2, C. com., du moins les règles de l'article 2279 qu'il n'y a aucune raison de ne pas appliquer à notre hypothèse (1).

(1) V. en ce sens Lyon-Caen et Renault, t. VIII, n° 851 ; en sens contraire Boistel, n° 1008 ; comp. Paris, 1er décembre 1860, D. 1861.2.88.

Mais il peut se faire que le titre de transfert n'ait pas été régulièrement transmis, que le failli en ait fait au sous-acheteur une remise n'ayant pas les caractères d'une transmission régulière, ou encore qu'après l'avoir simplement représenté au sous-acheteur, il l'ait gardé par devers lui pour régler son compte avec le vendeur primitif. C'est dans ce cas, croyons-nous, que l'article 576, § 2, qui ne parle que de vente *sur* facture et non de transmission régulière du titre, trouve vraiment son application.

Dans ce cas, l'article 576, § 2, prohibe la revendication aux conditions suivantes :

1° Qu'il y ait eu revente sur la facture émanant du premier vendeur *et* sur le connaissement ou la lettre de voiture (1) ;

2° Que le connaissement ou la lettre de voiture *et* la facture soient signées de l'expéditeur (2).

Ces deux conditions sont certainement nécessaires ; les termes très clairs de l'article 576 ne laissent aucun doute à cet égard ; mais il est permis de regretter qu'il en soit ainsi : les exigences de l'article 576 ne sont pas, en effet, à l'abri de toute critique.

Tout d'abord on ne comprend guère pourquoi l'article du Code exige que la revente ait eu lieu sur les deux pièces dont il vient d'être question ; on ne voit pas pourquoi la revente opérée simplement sur facture ou simplement,

(1) A la lettre de voiture on doit certainement assimiler le récépissé, qui a, dans les transports par chemin de fer, presque remplacé les lettres de voiture. V. en ce sens Douai, 12 oct. 1874, S. 1875.2.25, D. 1876.1.113.

(2) Ce sont d'ailleurs les pièces en question elles-mêmes qui doivent être signées de l'expéditeur ; si ce dernier les a simplement adressées à son acheteur dans une lettre missive même signée de lui, il conserve intact son droit à la résolution, V. Amiens, 4 juillet 1848, D.1849.2.95. En sens contraire, Rouen, 14 janvier 1848, D. 1849.2.96.

soit sur connaissement, soit sur lettre de voiture, ne suffirait pas pour faire disparaître le droit à la revendication.

D'autre part, l'article 576, d'après un amendement voté en 1838, exige que le connaissement ou la lettre de voiture *et* la facture soient signés de l'expéditeur. Cela se comprend pour le connaissement et la lettre de voiture, que le vendeur, soit en tant qu'expéditeur, soit en tant qu'endosseur, est toujours, en fait, obligé de signer ; mais cela ne se comprend plus, quand il s'agit du récépissé, qui, à raison de sa forme, ne se prête guère à recevoir la signature du vendeur ; et cela se comprend moins encore lorsqu'il s'agit de la facture, car, dans les usages, la facture n'est signée par le vendeur que pour donner quittance du prix et ici, par hypothèse, le prix des marchandises n'a point encore été payé.

Quoi qu'il en soit, le texte est formel et force nous est bien de passer par les exigences de la loi.

216. — Cette hypothèse d'une revente en cours de route écartée : lorsqu'aucun tiers acquéreur n'est venu s'interposer entre la masse et le vendeur ; à qui, dans le conflit qui s'élève entre eux, devrons-nous accorder la préférence? au vendeur, en lui reconnaissant le droit de résolution ? à la masse au contraire, en prohibant dans son intérêt toute résolution.

Théoriquement, ce qu'il y aurait eu peut-être de plus rationnel, c'eût été de s'attacher uniquement au fait de la possession. En effet, c'est la possession, qui donne le droit de rétention, et la loi des faillites, qui ne peut supprimer le droit de rétention, doit respecter le droit de résolution, lorsque ce droit n'est qu'un corollaire nécessaire de la rétention. Par suite, tant que le vendeur serait resté en possession de la chose vendue, il aurait gardé le droit de

résolution, mais dès qu'il aurait perdu cette possession, le droit de résolution eût été par là même perdu pour lui.

Cela aurait amené à distinguer, suivant que les marchandises vendues sont livrables au départ, ou livrables à l'arrivée (1). Lorsqu'elles sont livrables à l'arrivée, le vendeur reste en possession pendant toute la durée du transport, dès lors il aurait pu exercer son droit de résolution contre une faillite qui viendrait à être déclarée pendant ce temps. Au contraire, si les marchandises sont livrables au départ (ce qui est le cas le plus fréquent dans la pratique) le vendeur se dessaisit des marchandises en les expédiant ; par suite, dans le système que nous exposons, le droit de résolution aurait été perdu immédiatement.

217. — Ce n'est pas à cette solution que le législateur s'est arrêté ; il a craint de se montrer trop rigoureux vis-à-vis du vendeur, et il a fini, après toutes les hésitations que l'on sait, par admettre une revendication des marchandises en cours de route pour tous les cas, que le vendeur ait gardé ou non la possession des choses vendues.

Les raisons qui le déterminèrent semblent plutôt des raisons de sentiment. Tout en se décidant à enlever au vendeur les garanties de droit commun, le législateur trouva toutefois qu'il serait trop dur de les lui retirer brusquement au moment même du dessaisissement ; aussi les lui laisse-t-il pendant quelque temps encore, pendant toute la durée du transport, afin que notre vendeur ait encore chance, si la faillite vient à éclater dans cet intervalle, de pouvoir invoquer utilement les garanties en question.

(1) Comp. Thaller, p. 952 et 555.

On a considéré, que les marchandises n'étant pas entrées de façon *apparente* dans le patrimoine du failli, il n'y avait pas grand inconvénient à permettre au vendeur de les en faire sortir. On a dit en quelque sorte à ce vendeur : vous vous êtes bien dessaisi de vos marchandises, mais en somme cela ne se sait pas encore ; ne dites rien et reprenez-les (1).

Cela ne paraît pas très juridique ; on ne voit pas bien, pourquoi les créanciers doivent avoir plus de droit sur les choses en magasin, que sur les autres ; sans doute tant que le vendeur reste saisi, il doit garder le droit de rétention et par suite le droit de faire résoudre la vente, les droits de la masse se trouvent dès lors paralysés ; mais dès que le vendeur s'est dessaisi, quelle importance peut-on attacher au fait que les marchandises sont entrées ou non en magasin ? On dit que les créanciers ont connu ces marchandises en magasin avant de traiter avec le failli ; qu'ils comptaient les avoir pour gage ; que c'est là ce qui a dû les déterminer à faire crédit ; et par suite que c'est pour ces marchandises-là seulement que le droit de résolution doit être supprimé. Mais, est-ce qu'avant de traiter

(1) Dans son rapport à la Chambre des pairs, M. Tripier essaya de justifier la revendication en cours de route de la façon suivante : lorsqu'un prêt, dit-il en substance, a été fait en espèces à un failli, ce prêt constitue une créance soumise aux chances de la faillite, parce que ces deniers confondus dans le patrimoine du débiteur lui sont acquis irrévocablement ; le même principe doit être appliqué à la vente d'une marchandise qui est entrée dans les magasins de l'acheteur, quoique l'opération soit différente ; tandis que la vente d'une marchandise non livrée n'a opéré aucune confusion avec la fortune du failli.

Cela n'est guère concluant ; il est bien certain qu'il ne peut être question de revendication, lorsque les marchandises ont perdu leur identité en se confondant avec les autres biens du failli ; mais la livraison dans les magasins n'amène pas forcément cette confusion : ce ne peut donc être une raison suffisante pour prohiber le droit de résolution toutes les fois qu'il y aura eu livraison, et seulement lorsqu'il y aura eu livraison.

avec un commerçant on fait l'inventaire des marchandises qu'il a en magasin ? et où a-t-on jamais vu qu'un créancier dût avoir moins de droits sur des biens, qui sont entrés dans son gage postérieurement au contrat, que sur les biens qu'il a pu connaître et sur lesquels il a pu compter ?

Quoi qu'il en soit, il est certain que le législateur s'est attaché à cette idée : que la résolution doit être admise tant que les objets vendus ne sont pas entrés d'une façon apparente dans le patrimoine du failli, et qu'à l'inverse elle ne peut plus l'être, dès que cette entrée apparente a eu lieu (1).

218. — C'est à l'article 576 du Code de commerce que se trouve prévue la revendication des marchandises expédiées au failli (2). Il est hors de doute, comme nous l'avons dit déjà, que le législateur, tout en employant le terme équivoque de revendication, ait entendu dans cet article autoriser au profit du vendeur une véritable résolution de la vente.

Cela résulte d'une façon évidente des travaux prépara-

(1) Nous devons reconnaître d'ailleurs que la revendication des marchandises en cours de route est assez bien accueillie dans la pratique commerciale et que beaucoup de législations étrangères ont cru devoir l'adopter.

V. notamment : art. 568, *Code belge* ; 804, *Code italien* ; 44 de *la loi allemande* (Kronkursordnung) et article 203 de la *Loi fédérale suisse* des faillites du 11 avril 1889. Le droit de revendication est également consacré par la *coutume anglaise*, c'est the right to stop in transitu.

V. Thaller, *Faillite en droit comparé*, t. II, p. 101 et suiv.

(2) Il ne faut pas prendre trop à la lettre l'expression de marchandises expédiées ou l'expression : marchandises en cours de route, que nous employons souvent.

En réalité, avec l'interprétation très large donnée par la jurisprudence au terme de magasins de l'acheteur, il peut y avoir revendication sans qu'il y ait eu aucune expédition (comme exemple, voir *infrà* le n° 223 qui est relatif au parterre d'une coupe de bois).

toires tant du Code de commerce que de la loi de 1838 ; en effet, la question qui se posait alors était de savoir si l'on supprimerait ou non le droit de résolution ; on s'arrêta à une solution transactionnelle : on supprima, en principe, le droit de résolution, et on ne le garda que dans le cas particulier où les marchandises seraient encore en cours de route. C'est ainsi que M. Hébert, dans un discours à la Chambre des députés lors des discussions de la loi de 1838, dit en propres termes : « qu'est-ce que la revendication ? est-ce autre chose que la résolution de la vente faite ? ce n'est que cela, car la vente est faite sous une condition du paiement du prix (1). »

La revendication de l'article 576 du Code de commerce n'a donc rien de commun avec la revendication établie par l'article 2102, § 4 du Code civil. En ce qui concerne ce dernier article, on admet généralement maintenant l'opinion soutenue pour la première fois par M. Vuatrin au concours d'agrégation de 1839, opinion suivant laquelle cette revendication de l'article 2102 du Code civil est une simple reprise de possession du meuble vendu, une *vindicatio pignoris* n'atteignant en rien la vente elle-même (2). Or la revendication de l'article 576 n'est certainement pas une simple *vindicatio pignoris* ; en dehors des travaux préparatoires qui le prouvent surabondamment, il y a la teneur même de l'article 576 qui devrait rendre toute controverse

(1) *Moniteur*, 1835, p. 414.

(2) V. Valette, *Traité des privilèges*, t. I, p. 120 et 124.

Il y a notamment en ce sens des arguments historiques d'une grande force. Le paragraphe 4 de l'article 2102 du Code civil est emprunté à l'article 176 de la Coutume de Paris, et Dumoulin, en commentant cet article, explique, en note, que le vendeur en vertu de cette disposition poursuit la chose pour la recouvrer et en demeurer saisi *jusqu'à ce qu'il soit payé*. Cela exclut entièrement l'idée d'une résolution de contrat.

impossible. En effet, cet article 576 oblige le vendeur revendicant à rendre les acomptes reçus ; cela serait inexplicable, si la revendication en cours de route était une simple mesure conservatoire, laissant subsister le contrat de vente, avec toutes les obligations qu'il comporte.

Tous les auteurs, à l'exception toutefois de MM. Delamarre et Lepoitvin, admettent que la revendication de l'article 576 n'est autre chose que l'exercice restreint d'une action en résolution (1).

219. — Ceci posé, étudions les conditions d'exercice de cette revendication.

220. — Et tout d'abord à quelle époque peut-elle être exercée ? Est-il nécessaire qu'elle l'ait été, avant que les marchandises soient entrées dans les magasins du failli ? Ou au contraire, peut-elle l'être encore utilement après cette entrée dans les magasins, pour peu que la faillite ait été déclarée pendant le trajet ?

Les motifs qui ont déterminé le législateur à admettre la revendication vont nous fournir la réponse à cette question.

Le législateur, à tort ou à raison, est parti de cette idée que le privilège et le droit de revendication ne doivent être retirés au vendeur que sur les objets, qui se trouvent déjà entre les mains du failli au jour du jugement déclaratif, et qui ont pu induire les tiers en erreur, en leur faisant croire à un crédit exagéré. Dès lors, si les objets expédiés ne sont entrés dans les magasins de l'acheteur que postérieurement à sa faillite, les mêmes motifs ne se rencontrent plus, il n'y a pas eu usurpation de crédit et par suite le droit de

(1) Voir Lyon-Caen, t. II, n° 3013 ; Bravard et Demangeat, t. 5, p. 534, en sens contraire : Delamarre et Lepoitvin, t. VI, p. 402.

D'après ces auteurs, la revendication de l'article 576 ne serait qu'une extension du droit de rétention.

résolution doit être admis. Nous considérons donc, que le vendeur a le droit de revendiquer, toutes les fois que la faillite a été déclarée pendant le voyage, et quand bien même il n'exercerait la revendication qu'après l'arrivée des marchandises.

Il en aurait été tout autrement si le législateur avait rattaché le droit de résolution à la possession, s'il n'avait reconnu ce droit qu'au vendeur qui possède encore ; car alors le vendeur qui aurait expédié des marchandises livrables à l'arrivée, aurait bien conservé le droit de les revendiquer pendant toute la durée du trajet, mais il aurait dû se dépêcher d'agir, empêcher la livraison d'avoir lieu, car une fois cette livraison effectuée, ayant perdu la possession, il aurait perdu par là même le droit de rétention et le droit de résolution qui en dérivait.

La solution que nous adoptons est celle de beaucoup d'auteurs et en particulier de Renouard qui, ayant pris une part active à la confection de la loi de 1838, a, dans la matière, une autorité considérable. « Si les marchandises, dit-il, ne sont arrivées à livraison qu'après le jugement déclaratif de la faillite, il est manifeste qu'elles ne se confondent point avec le reste de la masse et que la revendication pourra être exercée (1). » C'est également en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation le 13 août 1879 (2) ; elle a cassé un arrêt de Dijon du 30 juillet 1878 (3) qui avait décidé que la demande en revendication n'était plus recevable après que les syndics avaient pris possession de la chose vendue (4).

(1) Renouard, t. II, p. 359 ; V. dans le même sens Thaller, p. 952.
(2) S. 1880.1.264.
(3) S. 1878.2.319.
(4) Voir un autre arrêt de Dijon, dans le même sens que le précédent, du 19 février 1867, S. 1867.2.316.

221. — Comment ce droit de revendication doit-il être exercé ?

En principe une demande en justice n'est point nécessaire ; les syndics représentants naturels de la masse peuvent, avec l'approbation du juge-commissaire, admettre les demandes en revendication (art. 579) et, s'il s'agit d'une liquidation judiciaire, c'est le débiteur dûment assisté qui avec l'autorisation du même juge peut acquiescer à ces demandes (art. 9 de la loi de 1889). C'est seulement en cas de contestations qu'il y aura lieu de recourir à une instance judiciaire ; le tribunal prononcera alors après avoir entendu le juge-commissaire (1).

D'ailleurs, lorsque la faillite est imminente, le vendeur peut au moyen de la saisie-revendication organisée par les articles 826 et suivants du Code de procédure civile, arrêter les marchandises en cours de route et empêcher ainsi, qu'elles ne tombent entre les mains de l'acheteur avant que la faillite ne soit déclarée (2).

Il est bien entendu d'ailleurs que le syndic peut toujours empêcher la revendication comme toute autre résolution ; il lui suffit pour cela d'exécuter la vente : de payer immédiatement le prix, si c'est une vente au comptant, ou de donner caution de payer à l'échéance, si c'est une vente à crédit (art. 1613, C. civ.).

222. — Le vendeur qui veut exercer la revendication doit rembourser les acomptes qu'il a reçus, ce qui est très naturel puisque la vente est résolue ; il doit en outre dédommager la masse des frais de transport, assurances ou autres dépenses (art. 576, C. comm.).

(1) Lyon-Caen, t. VIII, p. 83, n° 791.
(2) V. Thaller, p. 952 ; Comp. Requêtes, 29 juillet 1875, D. 1876.1.113.

Cela peut paraître plus extraordinaire (1) ; la vente étant résolue par la faute du failli, c'est à lui et non au vendeur que devraient, semble-t-il, incomber tous ces frais. — Nous retrouverons cette question lorsque nous nous occuperons de savoir si le vendeur, en cas de résolution de la vente peut avoir droit à des dommages-intérêts à raison de cette résolution (2).

223. — Pour que la revendication soit possible, il faut que les marchandises ne soient pas encore entrées dans les magasins de l'acheteur (3). Mais que faut-il entendre par magasins de l'acheteur ?

C'est là une question qui donne naissance, en pratique, à beaucoup de difficultés. Nous n'avons pas à entrer ici dans une analyse détaillée de ces difficultés. Qu'il nous suffise de dire que la jurisprudence a une tendance marquée à donner à ce terme, les magasins de l'acheteur, un sens aussi compréhensif que possible ; elle considère comme magasins de l'acheteur tous les endroits où l'acheteur a pour habitude de traiter avec le public, et tous les

(1) Pothier dans l'ancien droit donnait une solution contraire (contrat de vente n° 470). « A l'égard de tout ce qu'il en a coûté à l'acheteur pour faire l'acquisition, dont le vendeur n'a pas profité, tels que sont les frais du contrat et le centième denier etc., que l'acheteur a payé pour son acquisition, le vendeur n'est pas tenu d'en indemniser l'acheteur ; au contraire si ces droits n'avaient pas été acquittés par l'acheteur et que le vendeur, après être rentré dans l'héritage par lui vendu, fût inquiété par raison des dits droits, ce serait à l'acheteur à l'en indemniser... La raison en est que la résolution du contrat qui se fait en vertu du pacte commissoire se fait par la faute de l'acheteur qui n'a pas rempli l'obligation qu'il avait contractée de payer le prix : c'est donc sur lui que doit tomber la perte de tout ce qu'il en a coûté pour l'acquisition. Le vendeur n'en doit pas souffrir. »

(2) V. *infrà*, n° 309, une théorie de M. Appleton sur l'interprétation de l'article 576.

(3) Dans les magasins de l'acheteur ou dans ceux de commissionnaire chargé de les vendre pour le compte du failli ; il est évident que les questions qui se posent sont les mêmes dans les deux cas.

endroits où il met en réserve certains éléments de son actif commercial ; c'est ainsi notamment qu'elle croit pouvoir assimiler aux magasins, les parterres des coupes de bois en forêt, les points de déchargement dont le failli avait coutume de se servir sur les quais des ports et des fleuves, etc., etc. (1). Nous aurons d'ailleurs à nous demander un peu plus loin, si les parties sont libres de déterminer à l'avance, par une clause spéciale du contrat, ce qu'il faudra entendre par magasins de l'acheteur.

224. — Enfin, il est de toute évidence que les marchandises vendues ne pourront être revendiquées que si elles ont conservé leur identité.

L'ancien article 580 du Code de 1808 contenait à cet égard une réglementation détaillée ; mais, au lieu de faire disparaître par là toute cause de contestations, cela ne servait qu'à les faire naître : en outre, comme il exigeait que les enveloppes n'eussent pas été ouvertes, il aboutissait à empêcher toute revendication pour les marchandises visitées à la douane ou à l'octroi. Aussi doit-on se féliciter que ces dispositions de l'article 580 aient été supprimées par le législateur de 1838.

225. — Nous en avons maintenant fini avec la vente faite au failli et il nous faut, pour mémoire, donner quelques indications relatives aux ventes faites par le failli.

Section II. — **Vente faite par le failli.**

226. — Il faut toujours supposer qu'il y a eu transfert

(1) Rennes, 20 février 1863, D. 1863.2.47 ; Cass., 17 août 1871, D. 1871. 1.287 ; Cass., 2 août 1880, D. 1881.1.9 ; Douai, 11 nov. 1899, D. 1899.2.85 ; Dijon, 20 janvier 1899, *Gaz. Pal.*, 1899.1.341.

de propriété : c'est le seul cas dont nous ayons à nous occuper ici ; le cas où le transfert n'a pas eu lieu, ayant été étudié dans la partie précédente. Supposons donc que le failli ait vendu des objets mobiliers qui sont devenus la propriété de l'acheteur, soit par l'effet de la vente elle-même, soit par l'effet d'une individualisation postérieure. Dans ces cas, l'acheteur étant propriétaire n'a rien à redouter de la faillite ; la faillite ne le concerne pas et il ne peut être question de résolution du contrat. Si les syndics ne veulent pas opérer la livraison, notre acheteur n'aura qu'à les y contraindre par une action en revendication (1).

D'ailleurs, il est à peine besoin de le faire remarquer, cette revendication est très différente de celle que nous avons étudiée précédemment et ne repose pas comme cette dernière sur une résolution préalable.

Cette revendication, des marchandises achetées au failli et individualisées dans ses magasins, est admise par la grande majorité des auteurs (2) et par la jurisprudence (3). Toutefois pour MM. Delamarre et Lepoitvin la question ne peut pas se poser, puisque pour eux le transfert de propriété dans les ventes commerciales ne peut résulter que de la tradition (4). Mais cette doctrine, nous l'avons dit, est unanimement repoussée (5).

(1) Comp. art. 575.

(2) V. Lyon-Caen, t. III, n° 96.

(3) V. notamment Dijon, 27 juin 1864, S. 1864.2.183 ; Orléans, 15 juillet 1897, *Gazette du Palais*, 1897, 2e partie, p. 341.

(4) T. VI, n° 86.

(5) On en trouve une excellente réfutation dans M. Dufour, *Droit maritime* (t. II, nos 498 et suiv.).

Section III. — De l'échange.

227. — Les règles relatives à l'échange se déduisent sans difficulté de ce qui précède.

Il y a lieu de distinguer suivant que les choses données en échange par le failli sont des corps certains ou des choses *in genere* déjà individualisées, ou bien sont, au contraire, des choses *in genere* non encore individualisées au moment du jugement déclaratif.

Dans le premier cas, comme le co-contractant a immédiatement acquis la propriété en vertu de l'article 1703 du Code civil, il y a lieu d'appliquer les règles que nous venons d'indiquer pour les ventes faites par le failli : donc pas de résolution possible.

Dans le second cas ce sont les règles gouvernant les ventes faites au failli qui seront applicables; on aura donc à distinguer suivant que les objets donnés par le co-échangiste sont encore entre ses mains, sont entrés dans les magasins du failli, ou sont en cours de route.

Section IV. — Contrat Do ut facias.

228. — Il a été donné à un commerçant certains objets mobiliers, à condition qu'il accomplirait tel travail déterminé. Quels vont être les droits du co-contractant lorsque le commerçant avec qui il a traité est tombé en faillite ?

Il est certain que si la masse prend le contrat à sa charge, il ne pourra être question de résolution ; il en sera de même, pour d'autres raisons, si les objets livrés ne se trouvent plus en nature dans le patrimoine du failli.

229. — Mais que décider dans le cas où le syndic refuse de fournir la prestation promise et que, d'ailleurs, les objets donnés par le co-contractant ont conservé leur identité ? Ce co-contractant pourra-t-il les reprendre, en se fondant sur l'article 1184 ? ou bien, au contraire, tout droit de résolution lui sera-t-il refusé sous prétexte que la prise de possession par le failli est antérieure à la faillite ?

C'est là, dans notre droit, une question assez délicate.

Si notre législateur avait posé cette présomption, qu'on rencontre en droit anglais, qui permet à la masse d'étendre en principe son droit de gage sur tous les biens qu'elle trouve entre les mains du failli, aucune difficulté ne se présenterait. Mais notre législateur a permis à tout propriétaire de revendiquer contre la faillite les objets qui lui appartiennent, et que le failli détient (1) ; dans ces conditions, si aucune restriction n'avait été apportée à cette règle, la revendication aurait appartenu à tout individu qui se trouve, par suite de l'arrivée d'une condition résolutoire, n'avoir jamais cessé d'être propriétaire. Mais des restrictions ont été apportées à la règle et la question revient à en connaître l'étendue.

Il est certain que la revendication est refusée au vendeur qui a fait tradition dans les magasins de l'acheteur, mais est-ce là la seule exception qu'on ait voulu admettre ? n'a-t-on pas voulu, au contraire, enlever effet à toute con-

(1) Il est vrai que l'article 575 ne pose pas ce principe d'une façon absolue, il contient même une énumération des cas où la revendication doit être admise. Mais tout le monde reconnaît que cette énumération n'a rien de limitatif et que l'article 575 ne donne que des exemples. Le principe, dans notre droit, c'est que tout propriétaire peut revendiquer. — V. Thaller, p. 945.

dition résolutoire fondée sur l'inexécution, ou même à toute condition résolutoire quelle qu'elle soit.

Suivant nous, une condition résolutoire n'ayant aucun rapport avec la *lex commissoria* doit garder sa pleine efficacité ; il n'y a aucune raison pour qu'il en soit autrement; c'est, d'ailleurs, un point sur lequel nous nous sommes expliqué déjà (1). Quant aux conditions résolutoires fondées sur l'inexécution, bien que le législateur n'ait jamais songé qu'au défaut de paiement du prix, nous croyons qu'il faut leur appliquer les mêmes principes qu'en cas de vente ; par suite, elles ne donneront lieu à revendication que dans les circonstances prévues par l'article 576.

230. — Supposons un cultivateur qui donne un cheval à un entrepreneur de travaux, moyennant que cet entrepreneur lui creusera un puits ; si l'entrepreneur tombe en faillite et que la masse ne veuille point exécuter le travail promis, notre cultivateur ne pourra point reprendre son cheval, il ne pourra que produire à la faillite pour des dommages-intérêts représentatifs de la prestation qu'il ne peut obtenir.

Prenons un autre cas où la solution peut paraître plus douteuse. Un cultivateur a donné à un meunier un sac de blé et a stipulé que ce meunier lui rendrait, après la mouture, une certaine quantité de farine. Par l'effet de ce contrat le meunier est devenu propriétaire d'une certaine quantité de blé et débiteur d'une certaine quantité de farine, sans doute un peu inférieure à celle que doit produire la mouture ; s'il vient à tomber en faillite, que son industrie soit arrêtée et qu'il se refuse par suite à exécuter le contrat, le cultivateur ne pourra pas, en invoquant une

(1) Voir *suprà*, n° 211.

résolution de la propriété transférée par lui (1), revendiquer son sac de blé, même s'il le retrouve intact dans les greniers du failli.

231. — A côté de cette hypothèse il en est une autre très voisine qui doit être soigneusement distinguée, car la solution à donner est toute différente. C'est l'hypothèse où le failli s'était seulement chargé d'ouvrer certains objets, dont le co-contractant garde la propriété. Dans ce cas le co-contractant ne se prévaut pas, en revendiquant d'une condition résolutoire, il invoque une propriété qu'il n'a jamais aliénée et c'est seulement le contrat de louage d'ouvrage passé avec le failli qui peut être résilié.

232. — *Conclusion de ce chapitre.* — Il résulte de tout ce qui précède qu'en principe la faillite ne cesse pas d'être une cause de résiliation, par cela seul que cette résiliation doive prendre le caractère d'une résolution et anéantir des effets déjà produits. Cette résolution ne sera écartée que dans les cas où elle aurait pour conséquence de faire sortir du patrimoine du failli des biens qui y étaient déjà entrés d'une façon apparente. En dehors de ces cas le co-contractant jouit de tous les droits que nous lui avons reconnus dans la partie précédente. Il peut notamment, dès que la faillite est déclarée, demander la résolution du contrat et la masse ne peut conjurer cette résolution qu'en prenant le contrat à sa charge. D'ailleurs la résolution ne peut jamais être imposée au co-contractant qui garde toujours le droit, en s'exécutant

(1) Nous croyons qu'il doit en être de même en cas de dépôt irrégulier fait à un banquier, si après la faillite de ce dernier on retrouve intact dans son coffre-fort le sac d'écus qui lui avait été remis. Le déposant est malgré tout privé du droit de revendiquer. Comp. Bordeaux, 14 février 1886, *Recueil de Bordeaux*, 25 mars 1886 et Lyon, 15 mai 1885, *Journal de la Cour de Lyon*, 1885, p. 225.

lui-même, de produire à la faillite pour ce qui lui est dû.

Nous n'avons encore établi ces principes que relativement aux aliénations de meubles corporels, nous allons montrer maintenant dans un second chapitre qu'ils s'appliquent également aux meubles incorporels.

CHAPITRE II

ALIÉNATION DE MEUBLES INCORPORELS.

233. — Sous l'empire du Code de 1807 c'était une question donnant lieu à de vives controverses, que celle de savoir si le droit de résolution et le privilège étaient, en matière d'aliénation de meubles incorporels, soumis aux restrictions qui précèdent ; toutefois on avait fini par admettre que la suppression du droit de résolution et du privilège ne s'appliquait qu'aux ventes de *marchandises* ; on ne l'appliquait pas aux ventes des autres objets mobiliers, et surtout des fonds de commerce.

234. — Depuis la loi de 1838, la difficulté n'existe plus. La loi de 1838 supprime d'une façon absolue le privilège du vendeur non payé, et cela entraîne par une conséquence forcée et par une sorte d'*a fortiori* la suppression du droit de résolution. Les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur les intentions du législateur à cet égard (1) et M. Renouard, qui prit une part si active à

(1) La séance du 23 février 1833 à la Chambre des députés (*Moniteur* du 24) est tout particulièrement significative.

M. Renouard, rapporteur, combattit un amendement de M. Oger et dit en terminant : « Il faut en revenir aux principes généraux consacrés dans la première disposition que nous avons adoptée et qui ne permet pas, *quand on s'est dénanti d'un objet* sur lequel on n'a aucun droit de suite, qu'on puisse priver la masse des créanciers de son gage en l'attribuant à un seul des créanciers. »

M. Lherbette répondit : «... Relativement aux fonds de commerce, je ferai une observation. Je crois que les paroles de M. le rapporteur ont été au delà de sa pensée. Il est évident que les principes, qui ont fait sup-

l'élaboration de la loi se montre très affirmatif sur ce point dans son *Traité des faillites* (1). Aussi bien tous les auteurs (2) sont-ils d'accord ; et la jurisprudence, qui dès le lendemain de la loi de 1838 (3) avait consacré le principe, ne s'est-elle jamais déjugée depuis (4).

primer la revendication, s'appliquent aux fonds de commerce ; car on doit toujours présumer que le commerçant est propriétaire de son fonds, objet principal, plus peut-être que des marchandises, objets secondaires.

Mais ceci n'est vrai que pour le commerçant qui est en possession du fonds de commerce ; tous les jours il arrive que le propriétaire d'un fonds de commerce en achète un autre dont il n'entre en possession que plus tard. Est-ce que dans ce cas le vendeur ne conservera pas un privilège, même un droit de revendication ? C'est dans les intentions de la commission puisqu'un des articles subséquents accorde le droit de revendication pour les objets, pour les marchandises dont l'acquéreur n'est pas saisi. »

« Mais en votant cet article, il y a lieu, pour exprimer cette pensée, de remplacer le mot marchandises par le mot plus général d'objets qui comprend non seulement les marchandises proprement dites, mais le fonds de commerce. »

M. le rapporteur. — « Je suis de l'avis de M. Lherbette, mais je suis d'avis aussi que l'article ne porte aucune atteinte au droit qu'il défend. Il est certain que *si le vendeur ne s'est pas dessaisi, s'il n'a pas fait la livraison, il est encore maître de la chose.* »

M. Dufaure. — « Nous sommes complètement d'accord avec M. Lherbette, mais nous croyons qu'il y a un principe particulièrement respecté, dans le projet du gouvernement et dans celui de la commission, *c'est le droit de rétention qui appartient au propriétaire qui n'est pas dessaisi.* C'est le droit qui s'appliquera au cas dont a parlé M. Lherbette, il est inutile d'introduire une exception à cet égard. »

M. Lherbette. — « Où l'avez-vous expliqué ?

M. Dufaure. — « C'est de droit commun.

(1) T. II, p. 275.

(2) Sur l'application aux *meubles incorporels* des prohibitions des privilèges et du droit de résiliation : Voir Demangeat sur Bravard, t. 5, p. 512, note 535 ; Alauzet, t. 4, n° 1867 ; Rivière, p. 783 ; Boistel, n° 1005 ; Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. 2, n° 3013 ; Aubry et Rau, t. 3, § 261 ; Voir toutefois Persil sur l'article 2102, § 4, n° 4.

(3) Voir Paris, 21 août 1839.

(4) V. notamment Cassation, 25 août 1853, 10 février 1857, S. 1857.1. 602 ; Nîmes, 1er mai 1885, *Journal des faillites*, 1886, p. 472 ; Nancy, 10 novembre 1897, *Gazette du Palais*, 1897.2.684.

235. — C'est uniquement des ventes de fonds de commerce qu'on s'était occupé dans les travaux préparatoires, mais il n'y avait aucune raison de ne pas appliquer les mêmes principes à toutes les ventes d'objets incorporels. Les auteurs (1) ne font aucune distinction, et la jurisprudence s'est plusieurs fois prononcée dans ce sens à propos notamment de cessions d'offices ministériels (2), de cessions de brevets d'invention ou encore d'une cession du droit d'exploiter certaines lignes de chemin de fer (3).

Ainsi donc la faillite enlève au vendeur non payé son droit de résolution, mais à une condition sur laquelle on insista dans les travaux préparatoires (4), à la condition que l'acheteur soit entré en possession avant la survenance de la faillite.

236. — A ce propos, des difficultés peuvent surgir, car on ne peut pas songer à appliquer d'une façon littérale l'article 576. Des objets incorporels ne peuvent être expédiés comme des marchandises, et il n'y a plus à parler ici de faillite survenant pendant le trajet.

On est donc obligé de s'attacher uniquement au fait de la possession, d'admettre la résolution toutes les fois que la tradition n'a pas été faite et de la repousser dans le cas contraire.

Quant à cette tradition (et nous employons ici l'expression du Code, bien qu'elle soit assez impropre), ce sera la tradition prévue par l'article 1607 du Code civil ; d'après cet article, « la tradition des droits incorporels se fait, ou par la remise des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en

(1) Voir les renvois de la note précédente.

(2) V. Paris, 18 décembre 1867, S. 1868.1.248.

(3) V. Paris, 2 février 1888, D. 1889.2.163, arrêt confirmé par la Cour de cassation le 2 mars 1890, *Journal des faillites*, D. 1891.1.415.

(4) V. *suprà*, n° 234 et la note.

fait du consentement du vendeur. » On devra donc admettre, par exemple, que la résolution de la vente du fonds de commerce sera impossible si l'acquéreur, dès avant sa faillite, avait déjà pris possession du fonds, en en commençant l'exploitation.

237. — Les difficultés relatives à la prise de possession par l'acquéreur failli, sont surtout délicates lorsqu'il s'agit d'un objet mobilier, dont le transfert vis-à-vis des tiers est subordonné dans notre droit à certaines conditions de publicité. C'est ce qui a lieu notamment lorsqu'il s'agit d'un brevet d'invention.

D'après l'article 20 de la loi du 5 juillet 1844 : « Aucune cession (de brevet d'invention) ne sera valable à l'égard des tiers qu'après avoir été enregistrée au secrétariat de la préfecture du département dans lequel l'acte aura été passé. » On pourrait être tenté de considérer qu'il n'y aura prise de possession, empêchant la résolution, qu'autant que cette formalité aura été remplie. Mais ce serait là une erreur.

Dans notre législation les droits des parties ne dépendent jamais de la publicité donnée aux conventions. Le cédant d'un brevet d'invention, par exemple, ne peut se prévaloir vis-à-vis de son cessionnaire de l'omission d'une formalité qui a été prescrite, non dans son intérêt, mais dans l'intérêt des tiers. Toutes les fois que le failli aura été mis en possession d'un brevet d'invention, soit par une remise des titres opérée entre ses mains, soit par l'usage qu'il en aura fait lui-même du consentement du cédant, aucun droit de résolution ne pourra être exercé contre lui, ou plutôt contre la masse de ses créanciers.

238. — Cela n'est peut-être pas très satisfaisant ; nous croyons que, d'une façon générale, il aurait mieux valu éta-

blir dans notre droit un système de publicité, produisant des effets absolus, subordonnant même entre parties la naissance des droits à l'observation préalable des mesures de publicité destinées à rendre ces droits opposables aux tiers. Mais notre législateur ne l'a pas voulu ainsi ; il s'est arrêté à un système très délicat, assez séduisant au premier abord, mais qui ne laisse pas d'être quelque peu compliqué : entre parties des droits peuvent exister alors qu'ils n'existent pas à l'égard des tiers.

Et c'est ainsi qu'on se trouve conduit à admettre que, dans le cas qui nous occupe, l'inobservation des mesures de publicité doit demeurer sans influence, et cela sous prétexte que c'est l'une des parties qui voudrait s'en prévaloir.

Cette solution est certainement étrange si l'on considère la raison qu'on donne d'habitude, de la suppression à l'encontre de la faillite du droit de résolution. Ce que le législateur a voulu empêcher, c'est que les créanciers du failli pussent se voir priver au dernier moment d'un droit de gage sur lequel ils avaient dû compter. Or, précisément dans notre cas, et à raison de l'omission des mesures de publicité, ils sont censés ne point connaître l'existence dans leur gage du brevet d'invention (1).

Il y a dans tout cela des contradictions certaines, mais puisque dans notre droit les mesures de publicité n'ont jamais qu'un effet purement relatif, on est bien obligé de s'en tenir au fait de la possession. Tant que le cédant aura conservé la possession, il pourra opposer à la masse son droit de rétention et, par un corollaire nécessaire, faire résoudre la cession : dès l'instant, au contraire, où il se sera dessaisi, il perdra tout droit à l'encontre de la masse.

(1) Tout le monde admet que, parmi les tiers visés par l'article 20, il faut comprendre les créanciers chirographaires.

239. — Il faudra appliquer les mêmes principes aux cessions de créances, en ce qui concerne les formalités de l'article 1690 du Code civil, et aussi, en dehors des cessions de droits incorporels, aux ventes de navires, relativement à la mutation en douane.

240. — Pour les ventes de fonds de commerce, aucune question analogue ne peut se poser. Les ventes de fonds de commerce ne sont soumises à aucune publicité. On peut d'ailleurs le regretter, d'autant plus qu'une loi récente du 1er mars 1898 vient, à propos du nantissement des fonds de commerce, d'organiser la publicité de ce nantissement. D'après cette loi « tout nantissement d'un fonds de commerce, devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fond est exploité ». Il eût été fort désirable que la publicité ainsi établie fût étendue aux ventes et ne fût pas restreinte au nantissement ; mais quand bien même il en aurait été décidé ainsi, cela n'aurait rien changé, conformément à ce qui précède, aux solutions relatives au droit de résolution.

241. — Toutefois, il est intéressant de noter que l'admission définitive du nantissement des fonds de commerce, va permettre au vendeur de se réserver sur la chose vendue une garantie pour le paiement de son prix. Il pourra, en vendant son fonds, exiger que l'acheteur le lui donne immédiatement en nantissement, ce qui aura lieu par inscription sur le registre du greffe. Par ce moyen, le vendeur qui continue à être privé, vis-à-vis de la faillite, de tout droit de résolution, qui ne peut prétendre recouvrer la propriété du fonds qu'il a aliéné, pourra du moins se faire payer par privilège sur le prix de vente du fonds en question qui lui a été donné en nantissement ; pour sup-

pléer à son privilège de vendeur qui est perdu pour lui, il pourra se réserver un privilège de créancier gagiste (1).

242. — Le vendeur d'objets incorporels ne peut donc faire résoudre la vente, si son acheteur, après avoir pris possession, a été déclaré en faillite. Dès lors, s'il n'y a pas concordat, si le failli n'est pas replacé à la tête de ses affaires, il y aura lieu pour la masse de faire vendre le droit incorporel en question. Comment cette vente sera-t-elle effectuée ?

Pour les fonds de commerce, ce sera par ministère de notaire, et non pas, bien qu'il s'agisse de meubles, par ministère de commissaire-priseur. Les commissaires-priseurs, en effet, n'ont compétence que pour les ventes publiques de meubles corporels (2), et comme les ventes de fonds de commerce contiennent généralement des clauses plus ou moins compliquées, le soin de rédiger l'acte ne pouvait être confié qu'aux notaires (3).

Quant aux offices ministériels, si le failli était un agent de change, un courtier ou tout autre officier ministériel pour lequel la loi admet le droit de présenter un successeur, les syndics pourront user de cette faculté à sa place; du moins, en fait, cette présentation par les créanciers est admise par le gouvernement, qui en somme, aurait très bien pu s'y refuser. Les syndics, avec l'autorisation du juge commissaire, s'adressent au président du tribunal civil, statuant en référé, et c'est ce dernier qui fixe le prix de cession de la charge, d'accord avec la chambre de la corporation à laquelle appartenait l'officier ministériel en faillite (4).

(1) V. trib. com. Nice, 10 mai 1899, *Gaz. Pal.*, 1899.2.224.
(2) Voir loi du 27 ventôse an IX.
(3) V. Lyon-Caen, t. III, p. 183, n° 255 ; Thaller, p. 1037, n° 1902.
(4) V. D. R., v° *Faillites*, n° 485 ; Pardessus, n° 1170.

Pour les brevets d'invention, ce sont encore, comme pour les fonds de commerce, les notaires, et non les commissaires-priseurs qui doivent être chargés d'en opérer la vente. Dans la pratique on a toujours admis cette doctrine (1).

243. — La prohibition de la résolution de la vente du fonds de commerce, dans les conditions précédemment indiquées, donne naissance à une difficulté spéciale lorsque le fonds de commerce comprend le droit au bail.

Avant que la loi du 12 février 1872 ne fût venue déterminer dans quels cas le bailleur pourrait faire résilier son bail, c'était une question très controversée que celle de savoir si la perte de l'action en résolution de la vente du fonds, entraînait la perte de l'action en résiliation du bail consenti par le vendeur à l'acheteur. Plusieurs décisions judiciaires repoussèrent dans ce cas toute prétention du vendeur à faire résilier le bail ; on considérait que la résiliation du bail, qui rendait impossible l'exploitation du fonds, n'était autre chose qu'une résolution de la vente, résolution qui devait être prohibée (2).

Depuis la loi de 1872 la question ne peut plus se poser dans les mêmes termes. Le bailleur, en effet, ne peut plus faire résilier son bail si les sûretés, garantissant le paiement intégral et régulier des loyers, sont maintenues après la faillite ; c'est ce qui aura lieu généralement lorsque l'exploitation du fonds sera continuée, soit par le failli, soit par un cessionnaire. On peut dire que le seul cas, où la résiliation du bail pourra être demandée, est précisément

(1) V. Renouard, n° 109 ; Pouillet, n° 203 ; Allart, t. 2, n° 169 et Cassation, 15 février 1826, S. 1826.1.271.

(2) V. notamment Paris, 21 juillet 1842, rapp. D. R., v° *Faillite*, n° 1042. V. également Ruben de Couder, t. 4, n° 870 ; Alauzet, t. 8, p. 52. V. en sens contraire, Paris, 24 août 1837, S. 1839.2.533.

le cas où, les lieux étant dégarnis, l'exploitation du commerce étant définitivement enrayée, il ne pourra plus être question d'une résiliation de bail entravant l'exploitation du fonds et devant par suite être prohibée.

Mais une difficulté peut encore se présenter lorsqu'on se trouve en présence d'une clause interdisant au locataire de céder son bail. Le bailleur, qui est en même temps le vendeur du fonds de commerce, peut-il se prévaloir de cette interdiction pour empêcher celui qui deviendrait acquéreur aux enchères du fonds de commerce d'exercer ce commerce dans les lieux loués.

Il faut reconnaître que, s'il en est ainsi, le vendeur pourra par là infliger à la masse un préjudice aussi grave que celui qui résulterait de la résolution de la vente. L'intérêt de la masse qui a fait enlever au vendeur son action en résolution, n'exige-t-il pas qu'on lui enlève, par voie de conséquence, les prérogatives qu'il prétend tirer de sa qualité accessoire de bailleur et qui rendraient illusoire la suppression du droit de résolution ? A cette question, nous répondrons avec le tribunal de commerce de Marseille (1) que l'interdiction de céder le bail ne peut être entamée par la faillite (2). Celui qui a cédé son fonds de commerce ne pourrait, comme vendeur, faire résoudre la vente ; mais ce n'est point cela qu'il demande, il se réclame simplement, en tant que bailleur, d'une clause de son contrat, interdisant la cession de bail ; une pareille clause n'est point contraire à l'ordre public ; elle doit recevoir son plein effet quand bien même elle pourrait nuire à la masse, en l'empêchant de tirer entièrement parti de l'existence, dans son gage, d'un fonds de commerce. D'ailleurs, le fonds pourra

(1) Marseille, 26 novembre 1894, *Journal des faillites*, 1896, p. 28.
(2) Arg. art. 550, § 4. Voir *suprà*, n° 177.

bien souvent être exploité ailleurs que dans les locaux qui lui étaient autrefois affectés : la masse pourra disposer du nom, de l'enseigne, de l'achalandage : c'en est assez pour qu'on ne puisse pas dire que la simple résiliation du bail entraîne, à l'encontre des créanciers du failli, les mêmes conséquences que la résolution de la vente du fonds.

244. — Les ventes de fonds de commerce contiennent très souvent une clause, en vertu de laquelle le cédant s'engage à ne plus exercer le même commerce dans la même ville. Que devient un semblable engagement en cas de faillite du cessionnaire? Le cédant est-il tenu de le respecter alors qu'il n'a pas été payé de son prix ; ou bien, au contraire, reprend-il sa liberté ?

Si cette obligation de ne pas faire n'était pas liée intimement à la cession du fonds de commerce, la solution ne serait guère douteuse. Le failli n'ayant point rempli ses obligations, le co-contractant pourrait se faire affranchir des siennes, et reprendre les droits que son contrat lui interdisait ; on serait en présence d'une résiliation que la faillite peut produire et en aucune façon d'un de ces cas de résolution rétroactive de propriété que la loi des faillites ne permet pas.

Mais l'obligation de ne pas exercer le même commerce fait partie intégrante du contrat de cession ; la cession ne pouvant être résolue, il vaut mieux admettre que l'obligation de ne pas faire devra subsister comme le transfert de propriété ; la vente étant maintenue, toutes les clauses de cette vente doivent être maintenues également. C'est ce qu'a décidé la Cour de Paris dans un arrêt du 12 décembre 1850 (1). La Cour considère qu'il y a dans la clause qui

(1) D. 1851.2.62.

nous occupe un accessoire de la vente et que la valeur de cet accessoire a dû former une partie du prix de vente.

Il faut reconnaître toutefois que cette solution est extrêmement dure pour le vendeur. Non seulement ce vendeur va se trouver subir une perte peut-être considérable, mais encore il sera entravé dans son travail, il ne pourra plus,au moyen de la profession qui lui est familière, s'arracher à la misère où la faillite de son acheteur va peut-être le réduire.

CHAPITRE III

ALIÉNATION D'IMMEUBLES.

245. — En matière d'aliénation d'immeubles, les principes sur la résolution vont être tout différents, et le fait qu'il y a eu ou non livraison avant la déclaration de faillite, ne va plus exercer aucune influence.

En droit civil le vendeur d'immeubles jouit, comme le vendeur de meubles, de deux garanties qui se superposent : un privilège et un droit de résolution. Mais en matière immobilière la conservation de ce privilège est soumise à certaines conditions de publicité, et le droit de résolution, qui seul doit nous occuper ici, est lié au privilège d'une façon très étroite, tout au moins depuis la loi du 23 mars 1855 (art. 7).

Le vendeur privilégié conserve son privilège par la transcription du titre qui a transféré la propriété à l'acquéreur, et qui constate que la totalité ou partie du prix lui est encore due : ce sont les termes mêmes de l'article 2108 du Code civil. Si donc la vente a été transcrite avant le jugement déclaratif, le vendeur (cela n'a jamais été mis en doute par personne) conserve son privilège et aussi son action en résolution.

246. — Mais supposons, au contraire, qu'au jour du jugement déclaratif, la vente n'ait pas encore été transcrite ; c'est alors qu'on se heurte à l'article 448 du Code de com-

merce, suivant lequel les droits d'hypothèque et de privilège ne peuvent plus être valablement inscrits après la déclaration de faillite. Dans ces conditions, le privilège étant perdu pour le vendeur, la question se pose de savoir si le vendeur, qui ne jouit plus de son privilège, peut invoquer encore son droit de résolution.

247. — Il est vrai que certains auteurs ont autrefois essayé de soutenir que le privilège du vendeur ne se trouvait pas éteint, par suite du défaut de transcription de la vente avant le jugement déclaratif. Mais c'est là une doctrine à peu près complètement abandonnée, et sur laquelle nous n'avons pas à nous appesantir.

On prétendait, dans cette doctrine, que l'article 448, ne parlant que d'inscription, ne pouvait s'appliquer au privilège du vendeur, qui se conserve par transcription ; en outre, on posait en principe que, dans la vente d'immeubles, le transfert de la propriété ne se produit qu'au moment de la transcription, ce qui permettait de conclure : que le transfert de propriété et la conservation du privilège résultant du même acte ne peuvent être séparés l'un de l'autre, qu'il ne peut y avoir de transfert de propriété, sans que la transcription, qui la produit, ne conserve en même temps le privilège ; le privilège, disait-on, *naît conservé*. Ou bien encore on partait de cette idée que le propriétaire, en vendant sa chose, n'en transfert la propriété que réserve faite de son privilège ; le privilège étant alors, suivant la formule consacrée, un *droit retenu*, le vendeur en aurait conservé le bénéfice même dans le cas où il n'y aurait pas eu transcription avant le jugement déclaratif.

Ces façons d'envisager le privilège du vendeur, soit comme un droit retenu, soit comme une sûreté qui naît conservée, n'eurent pas grand succès malgré toute l'auto-

rité de ceux qui lesavaient imaginées : MM. PaulPont et Valette.

C'est qu'en effet l'argument de texte, qu'on voulait tirer de l'article 448 du Code de commerce, est assez misérable. L'article 448 ne parle bien que d'inscription et non de transcription ; mais il ne faut pas oublier qu'en matière de privilège, la transcription et l'inscription s'équivalent et que l'article 2108 du Code civil dispose à cet égard : « La transcription du contrat faite par l'acquéreur vaudra inscription. » D'autre part, il est tout à fait inexact de dire que le vendeur reste propriétaire jusqu'à la transcription. Dans ses rapports avec l'acheteur ou les créanciers de l'acheteur, le vendeur est entièrement dépouillé de tous droits sur l'immeuble, dès le jour même de la vente ; à partir de ce moment, le vendeur, qu'il y ait eu transcription ou non, n'a plus contre son acheteur qu'un droit de créance ; ce droit de créance est muni d'un privilège, mais ce privilège doit être publié et la publication en est naturellement soumise à la règle générale des articles 2146 du Code civil et 448 du Code de commerce. Si le vendeur, par suite du défaut de transcription, peut être considéré comme n'ayant jamais cessé d'être propriétaire, c'est uniquement vis-à-vis de certains *tiers*, vis-à-vis notamment de ceux auxquels le vendeur aurait revendu à nouveau son immeuble au mépris de la première aliénation.

Donc nous considérons comme acquis que le vendeur est définitivement déchu (1) de son privilège si, au jour de

(1) D'après certains auteurs, MM. Aubry et Rau entre autres, t. III, § 278, le vendeur pourrait, même après le jugement déclaratif, conserver encore son privilège, il n'aurait pour cela qu'à le faire inscrire dans les 45 jours de la vente conformément à l'article 6, § 2 de la loi du 23 mars 1855. Mais cette doctrine est généralement repoussée, la disposition de l'article 6, § 2 ne vise qu'une hypothèse toute différente de la nôtre : celle d'une sous-aliénation faite par l'acheteur et non encore transcrite.

la déclaration de faillite, la vente n'a pas encore été transcrite.

Mais alors que va devenir le droit de résolution?

248. — En pure logique, la réponse à cette question semble s'imposer : le droit de résolution ne doit pas survivre au privilège. Il paraît déraisonnable, si l'on retire à notre vendeur, dans l'intérêt de la masse, le privilège que lui aurait donné le droit commun, de lui laisser d'autre part une garantie plus énergique encore, et tout aussi contraire aux intérêts qu'on voulait protéger.

249. — C'est pourtant à cette solution du droit de résolution survivant au droit de suite, qu'on avait cru devoir s'arrêter sous l'empire du Code de commerce et de la loi de 1838 (1). Les déchéances, en effet, sont de droit étroit ; le Code retirait bien au vendeur son privilège, mais il ne disait rien du droit de résolution ; c'en était assez pour qu'on crût devoir laisser au vendeur le droit de reprendre son immeuble en nature. Dans ces conditions la perte du privilège au cas de non-transcription avant la faillite n'avait pratiquement aucun intérêt.

250. — Actuellement, depuis la loi du 23 mars 1855 et grâce à l'article 7 de cette loi, on échappe à cette situation étrange. Cet article 7 est ainsi conçu : « L'action résolutoire établie par l'article 1654 du Code Napoléon ne peut être exercée, après l'extinction du privilège du vendeur, au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur et qui se sont conformés aux lois pour les conserver. » Dès lors, peut-on-dire, à partir du moment où le syndic a pris l'hypothèque de la masse, les créanciers, qui composent cette masse, deviennent des

(1) V. notamment Paris, 12 février 1844, S. 1844.2.115.

tiers au sens de la loi de 1855 et par suite, en vertu de l'article 7 précité, le droit de résolution ne peut plus être exercé à leur préjudice (1).

La Cour de cassation n'adopta pas immédiatement cette manière de voir (2). D'après elle, l'article 7 de la loi de 1855 se référait uniquement au cas prévu par l'article 6, § 2, autrement dit l'article 7 n'aurait pu être invoqué contre le vendeur que par un sous-acquéreur ou par les créanciers de ce dernier. Mais en réalité une semblable restriction apportée aux termes très généraux de l'article 7 ne se justifiait pas. Rien dans la rédaction même de l'article n'autorise à l'admettre (3) et le crédit exige, au contraire, que le droit de résolution après l'extinction du privilège, ne soit pas plus exercé au préjudice des créanciers hypothécaires qu'au préjudice des tiers acquéreurs.

Aussi actuellement admet-on généralement (4), et la

(1) V. Lyon-Caen, *Traité*, t. VII, p. 245.

(2) V. Cassation, 1er mai 1860, S. 1860.1.602, D. 1860.1.236 ; Dijon, 13 juin 1864, S. 1864.2.244 ; Lyon, 6 avril 1865, S. 1866.2.196.

(3) Cela était d'ailleurs formellement contredit par les travaux préparatoires. M. Boucher, alors garde des sceaux, avait, en 1850, proposé une addition au projet de loi sur les privilèges et hypothèques soumis à l'Assemblée nationale législative.

« L'action résolutoire de la vente établie par l'article 1654 du Code civil et l'action en reprise établie par l'article 1705 du même code ne peuvent être exercées au préjudice, ni des créanciers inscrits, ni des sous-acquéreurs, ni des tiers acquéreurs de droits réels après l'extinction ou la déchéance du privilège établi par l'article précédent. » M. Boucher reprit en 1855, comme vice-président du Conseil d'Etat, son amendement de 1850 et c'est cet amendement qui devint l'article 7 de la loi de 1855 ; la formule seule fut changée. Un député, M. Legrand, en fit, au Corps législatif, l'observation formelle (S. *Lois annotées* de 1855, p. 36, note 145. V. note de M. Lyon-Caen, S. 1891.1.209).

(4) V. en ce sens : Cassation, 24 mars 1891, S. 1891.1.209 (note de M. Lyon-Caen) et D. 1891.1.145 ; Riom, 16 décembre 1891, *Journal des faillites*, 1892, p. 20 ; Orléans, 22 mai 1896, *Journal des faillites*, 1897, p. 168 ; Paris, 18 juin 1897, *Journal des faillites*, 1897, p. 338 ; Cassation,

jurisprudence de la Cour de cassation a fini par consacrer ce système: que le vendeur, qui n'a pas fait transcrire, est déchu de son droit de résolution, dès que l'hypothèque de la masse a été inscrite.

Cette solution ne va pas sans quelques difficultés ou plutôt sans certaines inélégances. Si le vendeur après le jugement déclaratif fait transcrire la vente, avant que le syndic ait fait inscrire l'hypothèque de la masse, il conserve son droit de résolution bien que le privilège soit perdu pour lui. On ne peut nier qu'il y ait quelque chose d'étrange dans cette survivance du droit de résolution au privilège. Avec un tel système la conservation du droit de résolution dépend de la course entre le vendeur et le syndic ; c'est à qui se rendra le plus vite chez le conservateur des hypothèques.

251. — Aussi comprend-on qu'une autre théorie certainement plus rationnelle se soit fait jour. D'après cette théorie soutenue notamment par M. Thaller (1), il importe peu que la masse ait fait ou non inscrire son hypothèque. Du moment que la transcription n'a pas eu lieu avant la déclaration de faillite, que par suite le privilège est perdu, le droit de résolution l'est par là même.

On s'appuie dans cette opinion sur cette idée que le jugement déclaratif procurerait instantanément à la masse un véritable droit réel, l'inscription par le syndic, n'ayant alors d'autre but que de donner un supplément de publi-

Requêtes, 7 février 1898, *Pandectes françaises*, 1898.1.305, *Gaz. Pal.*, 1898. 1.271.

(1) V. Thaller, *Traité*, p. 969 ; Comp. également Troplong, *De la transcription*, nos 282, 293 et suiv. L'idée du droit réel appartenant à la masse est très fortement soutenue par M. Kohler dans son « Lehrbuch de Konkursrecht » traduit dans les *Annales de droit commercial*, année 1891, p. 145 et suiv.

cité à une hypothèque, qui procédait de la faillite elle-même.

Mais cette idée fort intéressante défendue par M. Thaller (1) ne semble pas devoir être admise de sitôt par notre jurisprudence, aussi devons-nous nous en tenir au système de la survivance du droit de résolution au privilège, pour le cas où la vente a été transcrite après la faillite, mais avant l'inscription par le syndic de l'hypothèque de la masse (2).

252. — En résumé, le vendeur, après la faillite, peut faire résoudre la vente lorsque le syndic ne le paye pas intégralement. Il le peut à condition qu'il ait fait transcrire l'acte de vente avant le jugement déclaratif, ou même seulement après ce jugement déclaratif, pourvu que ce soit avant l'inscription de l'hypothèque de la masse.

En matière de vente d'immeubles, les créanciers du failli sont protégés par la publicité donnée à l'acte de vente ; lorsqu'ils ont traité avec le failli, ils devaient savoir que le prix n'avait pas été payé et que par suite l'immeuble ne faisait pas partie de leur gage ; il était donc tout naturel de laisser dans ces conditions le droit de résolution au vendeur, qui a rempli en temps utile les formalités de publicité.

(1) V. Thaller, p. 862, n° 1557.
(2) V. Lyon-Caen et Renault, VII, p. 245.

CHAPITRE IV

CLAUSES DÉROGATOIRES AUX RÈGLES PRÉCÉDENTES.

253. — Nous avons vu dans les chapitres précédents comment et dans quelles conditions la faillite met obstacle à la résolution rétroactive pour inexécution. Nous devons maintenant rechercher si cet obstacle ne peut être tourné ; s'il est possible, au moyen de clauses formelles, d'échapper aux prohibitions établies par la loi.

254. — En matière d'aliénation d'immeubles, aucune question ne peut se poser, le droit à la résolution pour non-paiement du prix est subordonné à l'accomplissement de certaines formalités de publicité ; pour conserver tous ses droits, le vendeur n'a qu'à faire procéder à cette publicité, et l'on n'a guère à envisager l'hypothèse assez invraisemblable, où le vendeur, par exemple, ayant négligé de faire transcrire, ou de faire inscrire son privilège, aurait du moins songé à se réserver, par une clause spéciale du contrat, le droit de faire transcrire, même après le jugement déclaratif. Nul doute que pareille clause, si par hasard elle venait à être inscrite dans un acte de vente, ne fût radicalement nulle ; les dispositions de l'article 448 du Code de commerce sont, au premier chef, des dispositions d'ordre public auxquelles les parties ne peuvent déroger.

255. — Nous pouvons donc laisser de côté les aliénations immobilières, pour ne nous occuper que des meubles.

Il est certain qu'un vendeur, par exemple, aurait le plus grand intérêt à stipuler dans son contrat, que même après la tradition des marchandises vendues dans les magasins de l'acheteur, il conserverait malgré tout le droit de revendiquer. Mais là encore la nullité d'une clause expresse de ce genre ne peut guère être mise en doute. Les dispositions des articles 550 et 576 sont certainement d'ordre public, écrites en faveur de la *masse*, et il ne peut être permis de s'y soustraire par convention. C'est une solution admise par tous les auteurs et consacrée par une jurisprudence constante (1).

256. — Mais où les difficultés surgissent, c'est lorsqu'on se trouve en présence de clauses du contrat qui, sans réserver d'une façon expresse le droit de résolution au vendeur non payé, arriveraient du moins à produire le même résultat. C'est ce qui a lieu notamment au cas de *pactum reservati dominii*, ou au cas d'une *vente à tempérament* faite sous la forme d'un louage, ou bien encore, lorsque des clauses spéciales du contrat déterminent ce qu'il faut entendre par magasins de l'acheteur.

Nous allons étudier successivement ces différentes situations dans trois paragraphes que nous ferons suivre d'un paragraphe sur le *paiement par restitution*.

(1) V. notamment : Alauzet, t. 8, p. 53 ; Ruben de Couder, t. 6, n° 875, V° *Faillite* ; Dutruc, t. 1, n° 1274, V° *Faillite* ; Defert et Rousseau, p. 344 sous l'article 550, n° 45 ; Lyon-Caen et Renault, t. VIII, p. 119. V. également : Rennes, 23 août 1847, D. 49.2.111 ; Amiens, 12 janvier 1849, S. 49.2.133 ; Cassation, 4 août 1852, D. 52.1.297, S. 52.1.205 ; Montpellier, 20 février 1885, *Journal des faillites*, 1885, p. 301 ; Tribunal de commerce de Marseille, 10 avril 1894, *Journal des faillites*, 1894, p. 517 (jugement relatif à la liquidation judiciaire).

§ 1. — Pactum reservati dominii.

257. — En droit français, l'accord des volontés opère à lui seul et immédiatement transfert de propriété. Mais les conventions sont libres et les parties peuvent en disposer autrement. Rien, en général, ne les empêche de convenir que le transfert n'aura lieu qu'au moment de la tradition de la chose, ou même seulement au moment du paiement du prix.

Cela peut avoir des conséquences pratiques, notamment en ce qui concerne les risques. Si l'on admet, comme il nous semble bien qu'on doive le faire, que l'article 1138 du Code civil soit une application de la règle *res perit domino*, on doit en conclure que, si les parties ont reculé le transfert de la chose jusqu'au paiement du prix, les risques seront, tant que le paiement n'aura pas eu lieu, à la charge du vendeur; c'est-à-dire que si la chose vient à périr avant que le paiement ait été effectué, l'acheteur, contrairement au droit commun, ne devra plus le prix en question.

Supposons donc une clause, réservant au vendeur la propriété de la chose jusqu'au paiement complet du prix; une clause de ce genre pourra-t-elle avoir effet, si après la livraison et avant paiement du prix, l'acheteur est déclaré en faillite ? Telle est la question que nous avons à résoudre.

258. — Cette question n'est pas sans présenter de sérieuses difficultés, et l'on peut s'étonner de la désinvolture avec laquelle beaucoup d'auteurs la résolvent. Ils déclarent notre clause contraire à l'ordre public, mais ils ne s'attardent pas à le démontrer.

Cette démonstration aurait pourtant besoin d'être faite.

Car enfin les conventions sont libres : au jour du contrat, les parties qui, à cette époque, pouvaient parfaitement ne pas songer du tout à l'éventualité d'une faillite, étaient certainement en droit de convenir que la vente conclue entre elles ne serait point translative de propriété, que ce transfert de propriété ne serait opéré que par le paiement. Il n'y a rien dans cette combinaison, qui puisse être considéré comme contraire à l'ordre public. Comment, dès lors, une convention licite, lorsqu'elle a été formée, pourrait-elle devenir par la suite contraire à l'ordre public ? Sans doute, s'il est démontré que les parties ont voulu faire fraude à la loi, que le vendeur a voulu se réserver, contre un individu qu'il savait sur le point de tomber en faillite, une garantie que le droit des faillites ne permet pas, le syndic pourra faire tomber la clause en question ; mais ce sera à lui de prouver la fraude et cette preuve bien souvent ne sera pas facile.

On ne peut donc voir là une clause illicite *a priori*, au même titre que la clause prévoyant d'une façon spéciale la faillite de l'acheteur et réservant expressément dans ce cas le droit de résolution au vendeur non payé. Notre clause actuelle est licite par elle-même.

Mais il faut reconnaître qu'il est impossible de lui donner effet, lorsque, par la faillite de l'acheteur, le paiement auquel est subordonné le transfert de propriété est devenu impossible. S'il en était autrement, la prohibition du droit de résolution deviendrait rapidement lettre morte, car on aurait un moyen bien facile de la tourner : on n'aurait qu'à recourir à notre clause actuelle, qui ne tarderait pas, dès lors, à devenir de style.

259. — Pour enlever toute efficacité en cas de faillite à la clause en question, il suffit, en somme, qu'elle soit inop-

posable à la masse. C'est là précisément, la solution qui nous semble bien devoir être admise.

En cas de faillite, la clause dont s'agit revient à une garantie très énergique, plus énergique que le privilège accordé au vendeur par le droit commun.

Or le privilège est supprimé par l'article 550 ; la garantie, que les parties lui ont substituée, ne peut pas ne pas l'être également. Le législateur a voulu que le vendeur de meubles devînt dans la faillite un créancier ordinaire, un créancier venant en concours avec les autres, sans pouvoir passer avant eux ; c'est là ce qui est d'ordre public et il ne peut appartenir au vendeur de se ménager, malgré tout une situation privilégiée.

Si une clause licite en elle-même est de nature à produire un tel résultat, elle sera bien valable entre parties, elle pourra, par exemple, déplacer les risques, mais, le cas échéant, si une faillite vient à éclater, elle ne pourra pas être opposée à la masse, faire que cette masse se voie, en dépit de l'article 550, primée par un créancier qui ne doit plus être, de par la loi, qu'un simple chirographaire.

Cette idée de clauses, qui, tout en étant valables entre parties, peuvent néanmoins n'être pas opposables à la masse, n'a d'ailleurs rien qui doive surprendre. La masse est, dans bien des cas, considérée comme jouant le rôle d'un tiers : c'est précisément ce qui se produit ici. D'autre part le législateur en supprimant le privilège est parti de cette idée générale, que les objets vendus au failli et entrés dans ses magasins ont été des éléments de son crédit, et que les tiers seraient lésés si ces objets n'étaient point compris dans leur gage : il serait tout à fait irrationnel de faire produire les effets d'une véritable garantie à une clause que la masse n'a pas pu connaître, à une clause qui n'a reçu aucune publicité.

Le *pactum reservati dominii* est donc sans effet à l'encontre de la masse ; c'est la solution généralement admise en doctrine et en jurisprudence (1). On peut seulement regretter que les raisons données pour la justifier ne soient pas toujours satisfaisantes. On dit trop souvent que cette clause est nulle comme contraire à l'ordre public, cela, suivant nous, est inexact. La clause est licite en elle-même, elle vaut entre parties ; seulement, en cas de faillite, elle ne pourra pas nuire à la masse.

§ 2. — Vente à tempérament faite sous la forme d'un louage.

260. — Un individu vend à un commerçant un objet mobilier quelconque, une machine, par exemple, dont le prix devra lui être payé par mensualité, et il stipule qu'il aura le droit de reprendre la machine en question, à défaut de paiement d'une seule mensualité.

Cette opération, très fréquente en pratique, est ce qu'on appelle *la vente à tempérament*. Si le commerçant acquéreur de la machine vient à tomber en faillite avant d'avoir payé toutes les mensualités convenues, la question se pose alors de savoir si le vendeur à tempérament aura le droit de revendiquer.

Mais cette question, après tout ce que nous venons de voir, ne présente aucune difficulté sérieuse. Il s'agit d'une vente ; l'objet vendu est par hypothèse entré dans les ma-

(1) V. notamment : Rennes, 23 août 1847, D. 1849.2.111 ; Civil cass., 4 août 1852, D. 1852.1.297 ; Montpellier, 20 février 1885, D. 1886.2.171 ; Douai, 30 juillet 1896, *Gazette du Palais*, 1896.2.660 ; Alger, 21 mars 1896, *Journal des faillites*, 1897, p.177 ; Cassation, 17 juillet 1895, *Journal des faillites*, 1896, p. 27, D. 1896.1.57 avec note de M. Thaller ; Cass., 21 juillet 1897, D. 1898.1.269.

gasins de l'acheteur, cela suffit pour que la revendication soit impossible et il importe peu, à cet égard, que des clauses du contrat aient réservé au vendeur le droit de reprendre sa chose. Ce vendeur, après la faillite, n'a plus d'autres droits que de produire au passif chirographaire pour ce qui lui reste dû.

Mais, au lieu de faire une opération offrant comme celle-ci les caractères certains d'une vente, les parties ont pu s'arrêter à une autre combinaison, qui, présentée par elles comme un louage, est de nature à donner naissance, en cas de faillite, à de réelles difficultés.

Le propriétaire de la machine, au lieu de la vendre à notre commerçant un prix payable par mensualités, la lui loue avec cette convention, que lorsque les différents termes payés à titre de loyers auront atteint le prix de la chose, le locataire en deviendra de plein droit propriétaire. Les deux opérations, il faut le reconnaître, sont très voisines l'une de l'autre. Dans le premier cas le vendeur est censé avoir acheté la machine pour 600 francs, par exemple, payables à raison de 10 francs par mois, pendant cinq ans ; dans le second cas, il est censé l'avoir louée 10 francs par mois, avec cette clause formelle que, s'il en paye régulièrement les loyers pendant cinq ans, il en sera devenu propriétaire au bout de ce temps. Il est certain qu'à l'expiration des cinq années, les deux opérations auront produit le même résultat, le commerçant sera devenu définitivement propriétaire de la machine, après s'en être servi pendant cinq ans déjà, et avoir payé 10 francs par mois.

Dès lors la faillite ne doit-elle pas produire sur les deux opérations des résultats identiques ? Lorsque les parties ont choisi la première forme, nul doute que la revendica-

tion ne soit prohibée ; n'en doit-il pas être de même lorsque les parties ont choisi la deuxième forme, et ont qualifié leur contrat de louage, ce qui devrait permettre au locataire de reprendre la chose louée dès que le prix de location ne lui est plus payé.

261. — Sur cette question la jurisprudence est très divisée. Plusieurs arrêts ont décidé que la combinaison qui nous occupe, lorsqu'elle est présentée par les parties comme un louage, doit être considérée comme telle et non comme une vente. C'est dans ce sens que s'est prononcée la Cour de Bourges le 27 avril 1898 (1), la Cour d'Alger le 18 février 1888 (2), qui reconnaît d'une façon formelle au locateur le droit de revendiquer, la Cour de cassation, qui décide dans un arrêt du 22 février 1887 (3) que la combinaison en question ne doit pas être assujettie au droit d'enregistrement des ventes. C'est en ce sens encore que s'est prononcée la Cour de Lyon dans un arrêt du 10 août 1888 (4), approuvé par M. Appleton (5).

Mais d'autres arrêts ont adopté la solution contraire, et traitent toujours comme une vente l'opération qui nous occupe, malgré la dénomination de louage que les parties ont pu lui donner (6).

(1) *Gazette du Palais*, numéro du 17 mars 1898.
(2) S. 1889.1.115.
(3) S. 1888.1.87.
(4) S. 1890.2.114.
(5) En note sous l'arrêt au S. Comp. Guillouard, *Traité de la vente*, t. I, n° 65, p. 72.
(6) V. en ce sens : Amiens, 12 mars 1884 et Cassation 1885, S. 1888.1.402 ; Bourges, 28 décembre 1887, S. 1888.2.78 ; Chambre des requêtes, 17 juillet 1895, D. 1896.1.57 ; Tribunal civil de la Seine, 13 juillet 1895, *Droit*, 25 septembre 1895 ; Tribunal de commerce de Vienne, 22 juin 1894, *Journal des faillites*, 1895, p. 86 ; Rouen, 1er avril 1892, *Journal des faillites*, 1893, p. 263 ; Trib. com. Havre, 22 déc. 1897, *Journal des faillites*, 1897, p. 470. Comparez : Tribunal de commerce de Bayonne, 20 juillet

262. — Il faut reconnaître que la question est très délicate. Les parties ont très bien pu être sincères, en s'arrêtant à la combinaison que nous étudions, avoir véritablement entendu faire un contrat de louage et, n'envisageant pas l'éventualité d'une faillite, n'avoir nullement songé à déguiser sous la forme d'un louage une vente à tempérament.

Dans les locations de machines notamment, comme les machines sont toujours sujettes à dépérissement, comme elles sont sujettes, d'autre part, à perdre du jour au lendemain, par suite d'inventions nouvelles, une grande partie de leur valeur, le prix de location est toujours fort élevé ; dès lors, il suffit que le locataire garde la machine louée pendant un certain temps, pendant dix ans par exemple, pour qu'il se trouve, au bout de ce temps, l'avoir complètement payée. On comprend que, dans ces conditions, le locataire puisse songer à stipuler, que lorsqu'il aura payé régulièrement les loyers pendant douze années, par exemple, il deviendra propriétaire de la machine dont il aura ainsi payé plus que le prix (1). Cette opération paraît très légitime ; elle est avantageuse pour les deux parties : pour le locateur, auquel elle réserve toujours un bénéfice et pour le locataire, qui n'aura pas à débourser ainsi une somme trop considérable et qui conservera toute sa liberté pour le cas où une invention nouvelle viendrait à être faite. Dès lors on pourrait être tenté de dire que la qualification de louage donnée par les parties à leur con-

1898, *Gazette du Palais*, numéro du 25 septembre 1898. Comp. en outre Rouen, 17 novembre 1887, *Recueil de Rouen*, 1888, n° 361 ; Caen, 22 novembre 1894, S. 1895.2.24, D. 1897.2.375 et un article de M. Maurice Colin, *Revue Algérienne*, 1888, p. 416.

(1) Cette combinaison est adoptée notamment par certaines maisons de location de compteurs à gaz.

trat, doit être respectée et que c'est bien, comme un louage permettant la revendication, que ce contrat doit être traité.

263. — Mais nous ne croyons pas que cette solution doive être admise. Dans un arrêt précité du 22 février 1887 (1) la Cour de cassation pose en principe que le juge du fait n'a pas le droit, pour déterminer le caractère véritable d'un contrat, de s'écarter des termes employés par les parties, lorsqu'aucune des clauses de ce contrat n'est incompatible avec la qualification, que les parties lui ont elles-mêmes donnée. De ce principe, la Cour de cassation conclut, qu'il faut voir dans notre opération un véritable louage.

Il nous semble que, tout au contraire, la conclusion à tirer du principe est qu'on se trouve en présence non d'un louage mais d'une vente à tempérament. Et en effet, il y a une clause du contrat qui est incompatible avec la qualification de louage que les parties ont voulu lui donner, c'est précisément cette clause, en vertu de laquelle la propriété de la chose doit passer au locataire, lorsqu'il aura payé un certain nombre de termes de loyer. Ce transfert de propriété au bout d'un certain temps est exclusif de l'idée de louage. On dit bien qu'il y a eu louage avec promesse de vente et que par suite tant que le terme n'est pas échu, la chose se trouve entre les mains du soi-disant locataire à titre de chose louée, et peut dès lors être revendiquée. Mais comment peut-on parler, dans l'espèce, de promesse de vente ? l'idée de vente implique forcément l'idée d'un prix ; or ici il n'y a pas de prix : à l'expiration du temps fixé par la convention, le pseudo-locataire devient propriétaire, sans avoir rien à payer.

(1) Cet arrêt est relatif non pas à une question de revendication en cas de faillite mais à une question d'enregistrement.

La vérité c'est qu'il a versé chaque année sous la forme de termes de loyer des fractions du prix de vente, et c'est là ce qui lui permet d'acquérir la propriété lorsque toutes les annuités ont été acquittées. S'il a la machine entre les mains, c'est à titre de vente (de vente sous condition suspensive, dont le prix fractionné est payé d'avance); et c'en est assez, la condition suspensive n'étant pas opposable à la masse, pour que la revendication soit impossible.

261. — D'ailleurs, s'il en était autrement, il serait trop facile, en déguisant la vente à tempérament sous la forme d'un louage, de tourner dans ces sortes de vente particulièrement onéreuses pour les acheteurs, la prohibition de la revendication. Les vendeurs à tempérament ne sont pas, en général, très dignes d'intérêt, et il eût été regrettable qu'ils pussent trouver dans la loi un moyen de primer la masse des créanciers. En particulier, lorsque la faillite se produit peu de temps avant le terme fixé dans notre contrat pour l'acquisition de la propriété, il y aurait eu quelque chose de vraiment frauduleux à leur permettre de reprendre la chose livrée, alors qu'ils en ont déjà touché le prix, et peut-être même plus que le prix.

§ 3. — Clauses relatives à ce qu'il faut entendre par magasins de l'acheteur.

265. — Nous savons qu'en vertu de l'article 576 du Code de commerce, la revendication est possible tant que la tradition n'a pas été effectuée dans les magasins du failli ou dans ceux du commissionnaire chargé de vendre pour le compte du failli. Or la jurisprudence, comme nous l'avons dit plus haut, a une tendance marquée à étendre autant que possible, dans l'intérêt de la masse, le sens du terme :

« magasins du failli ». Pour elle, il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'un magasin proprement dit, ni même d'une cave, d'un hangar, etc..., il suffit pour que la revendication soit impossible, que les choses vendues se trouvent dans un endroit où l'acheteur a pour habitude de traiter avec le public. C'est ainsi que le parterre d'une coupe dans une vente de bois, un point de déchargement sur le quai d'un port ou d'un fleuve, sont considérés couramment comme magasins de l'acheteur au sens de l'article 576 (1). D'après un arrêt de cassation du 21 avril 1884 (2), les juges du fond ont d'ailleurs qualité pour apprécier souverainement ce qu'il faut entendre par magasins du failli.

Étant donnée cette interprétation extensive adoptée par la jurisprudence, les parties ne peuvent-elles du moins, par une clause expresse, stipuler que les marchandises se trouvant dans telle ou telle condition, ne seront pas considérées comme livrées dans les magasins de l'acheteur.

266. — La question s'est principalement posée à propos des coupes de bois. En vertu d'une jurisprudence maintenant bien établie, le parterre d'une coupe de bois, étant l'endroit où l'acheteur a pour habitude de revendre le bois exploité, est considéré comme magasin de l'acheteur (3).

Il s'agit de savoir si les parties peuvent, par une clause formelle du contrat, convenir que le parterre de la coupe de bois ne sera pas envisagé comme magasin de l'acheteur. Cette clause, qui est d'ailleurs fréquemment insérée

(1) V. *suprà*, n° 223 et Thaller, p. 954.

(2) Dalloz, 1884.1.241 ; Sirey, 1886.1.105.

(3) Voir notamment : Cassation, 9 juin 1845, D. 1845.1.285 ; Req., 16 janvier 1850, D. 1851.5.260 ; Paris, 8 août 1845, D. 1846.2.9 ; Amiens, 12 janvier 1849, D. 1849.2.150 ; Besançon, 14 décembre 1864, D. 1864. 2.251.

dans les cahiers des charges des ventes de bois, faites par l'État (1), est-elle opposable à la masse ?

On l'a contesté ; un arrêt de Bourges du 11 novembre 1863 (2) et un arrêt d'Orléans du 13 avril 1867 (3), ont décidé qu'une semblable clause n'était pas opposable à la masse. Mais cette solution est maintenant abandonnée et la jurisprudence semble définitivement fixée dans le sens de la pleine efficacité de la clause en question (4).

267. — Nous croyons que c'est avec juste raison. Le parterre de la coupe n'est considéré, comme faisant partie des magasins de l'acheteur, que par suite d'une présomption de volonté ; parce que, d'une façon générale, le vendeur est réputé en avoir abandonné la libre disposition à l'acheteur. Mais les parties peuvent convenir qu'il en sera autrement, que cette libre disposition ne sera point laissée à l'acheteur ; dans ce cas, il n'y a aucune raison de ne pas donner plein et entier effet à l'accord des volontés à cet égard. Qu'il s'agisse du parterre d'une coupe de bois ou qu'il s'agisse de toute autre espèce, le principe général nous semble admirablement posé par un arrêtiste du Dalloz (5) : « Une stipulation relative à la détermination des magasins de l'acheteur, ne peut être annulée que si elle fait survivre le droit de revendication du vendeur à une délivrance qui aurait réellement, et non pas seulement par appréciation de la volonté présumée des parties, les

(1) Voir notamment : Dijon, 19 février 1867, D. 1868.2.139, S. 1867.2.316 ; Orléans, 13 avril 1867, S. 1867.2.237, D. 1867.2.144.

(2) S. 1863.2.244.

(3) S. 1867.2.237, D. 1867.2.144.

(4) Voir notamment : Paris, 2 décembre 1863, S. 1863.2.244 ; Paris, 26 avril 1867, S. 1867.2.119 ; Req., 2 juin 1869, D. 1870.1.123 ; Cassation, chambre civile, 25 janvier 1869, D. 1869.1.134 ; Req., 23 mai 1881, D. 1882.1.176.

(5) D. 1870.1.123.

caractères déterminés par l'article 577. » Si la volonté des parties doit demeurer sans force et sans effet, lorsqu'elle tend à réagir contre une prise de possession véritable et contre la conséquence légale qui y est attachée, elle doit, au contraire, rester toute puissante, lorsqu'elle tend à détruire une fiction qui repose uniquement sur cette volonté même des parties.

Appendice. — Paiement par restitution.

268. — Après avoir étudié l'influence que peut exercer la volonté des parties sur les règles prohibitives de la résolution, nous devons dire deux mots d'une question voisine, qui d'ailleurs ne présente guère de difficultés.

Un commerçant a acheté des marchandises, il vient de les recevoir dans ses magasins ; mais gêné dans ses affaires, sentant que sa faillite est imminente et qu'il ne pourra pas payer son vendeur, il retourne à celui-ci les marchandises en question. Quelle valeur aura vis-à-vis de la masse, la faillite une fois déclarée, cette convention intervenue entre l'acheteur et le vendeur : convention contraire aux règles de la résolution, et en vertu de laquelle la vente doit être considérée comme non avenue ?

On est d'accord pour assimiler cette opération à une dation en paiement, qu'on qualifie de *paiement par restitution*, et on lui applique les règles de l'article 446 du Code de commerce.

Supposons, par exemple, que le failli ait, depuis la cessation des paiements, ou même dans les dix jours qui ont précédé, renvoyé à son vendeur les marchandises reçues et qu'il ait fait ce renvoi en échange du retrait par son vendeur des traites mises en circulation, cette opération tom-

bera sous le coup de l'article 446; les créanciers composant la masse auront le droit de la traiter comme une dation en paiement, et par suite de la considérer comme non avenue ; ils auront leur droit de gage sur les marchandises achetées et le vendeur ne pourra plus produire que pour son prix (1).

La jurisprudence s'est plusieurs fois prononcée en ce sens (2) et ses décisions sur ce point sont certainement inattaquables. Quelque dur que cela puisse être pour le vendeur, l'application à cette hypothèse de l'article 446 s'impose d'une façon incontestable (3).

(1) La masse n'aura même pas à prouver que le vendeur avait connaissance de la cessation des paiements. Il s'agit en effet ici, non d'un paiement, mais d'une dation en paiement, car ce n'étaient pas des marchandises qui étaient dues au vendeur mais de l'argent.

(2) V. en ce sens Paris, 18 août 1871, D. P. 1872.2.80 ; Lyon, 22 juillet 1896, *Journal des Tribunaux de commerce*, 1897, p. 762.

(3) V. Thaller, p. 894 en note.

CHAPITRE V

DOMAINE D'APPLICATION DES RÈGLES PRÉCÉDENTES.

269. — Nous avons vu à quelles règles particulières la loi des faillites soumet le droit de résolution ; mais il nous reste encore à indiquer dans quels cas précis la survenance d'une faillite vient imposer l'application de ces règles particulières.

En effet, nous n'avons envisagé jusqu'ici qu'une seule hypothèse, celle où la faillite est déclarée avant qu'aucune instance en résolution ait été introduite par le co-contractant ; et c'est en nous plaçant dans cette hypothèse que nous avons dégagé les règles de notre droit des faillites en ce qui concerne la résolution.

Mais que va-t-il se passer, si avant le jugement déclaratif, le co-contractant a déjà introduit une instance en résolution ; les principes applicables seront-ils ceux du droit commun ou ceux, au contraire, indiqués dans ce qui précède ?

Supposons par exemple un vendeur qui ait fait tradition dans les magasins de son acheteur des marchandises vendues. Si cet acheteur avait été déclaré en faillite avant que la créance du prix ne fût devenue exigible, alors il n'y aurait eu aucune difficulté, on se serait trouvé précisément dans l'hypothèse, que nous avons toujours envisagée, la revendication eût été certainement impossible. Que si, au contraire, le terme pour payer son prix étant déjà

échu au moment du jugement déclaratif,le vendeur a, dès avant ce jugement, introduit une instance en résolution ; c'est alors que la question se pose, de savoir si la revendication devra être prohibée en raison de la faillite, ou bien admise au contraire en raison de la demande antérieurement formée.

270. — On considère assez communément que, pour résoudre cette question, il suffit de faire appel au principe bien connu de la rétroactivité des jugements déclaratifs, et l'on prétend en déduire immédiatement, que la résolution, pourvu qu'elle ait été demandée avant la faillite, peut encore être prononcée (1).

Si la solution paraît exacte, le raisonnement ne nous paraît pas très rigoureux. Il est bien vrai que les jugements déclaratifs rétroagissent, en ce sens que les droits qu'ils constatent sont réputés avoir toujours existé (2), mais il ne semble pas très légitime de faire découler immédiatement de ce principe la solution de notre problème.

En effet le principe en question se réfère uniquement aux *effets* d'un jugement déjà *prononcé* ; il implique simplement qu'un jugement déclaratif, au lieu de ne produire effet que du jour où il a été rendu peut réagir sur le passé, en déclarant que tel ou tel état de droit n'a jamais cessé d'exister.

Mais tout autre est notre question actuelle : il ne s'agit pas d'un jugement déjà prononcé, il s'agit d'un jugement à intervenir ; il ne s'agit pas de reconnaître tels ou tels effets à une décision judiciaire, il s'agit de savoir si cette

(1) Voir Boistel, note au Dalloz sous Cassation, 24 décembre 1889, D. 1890.1.161.

(2) Garsonnet, t. III, p. 217.

décision peut encore être rendue. Sans doute, si l'on démontre que la résolution demandée avant la faillite peut encore être prononcée après, malgré la déclaration de faillite, on pourra reconnaître des effets rétroactifs au jugement de résolution, dire que la vente, une fois résolue, sera censée n'avoir jamais eu lieu, et les biens achetés par le failli, n'être jamais entrés dans son patrimoine. Mais précisément ce qui est en question, c'est de savoir si la résolution peut encore être prononcée après la faillite : cette question on ne la résout point, en se contentant d'affirmer que le jugement de résolution est un jugement déclaratif, et qu'il doit, comme tel, rétroagir dans le passé.

271. — Il nous semble donc qu'il faut laisser de côté toute idée de rétroactivité. Pour résoudre notre problème, nous ferons appel à un autre principe qui, pour nous, est général, qui s'applique aussi bien aux jugements déclaratifs qu'aux jugements attributifs, à savoir : que les plaideurs ne doivent point souffrir des lenteurs de la justice ; que le juge, pour apprécier les droits respectifs des parties, doit se reporter, non pas au jour où il est appelé à rendre son jugement, mais au jour où il a été saisi de la demande.

Dans l'hypothèse que nous envisageons actuellement, au moment où la demande en résolution a été introduite, cette résolution était possible, elle aurait pu être prononcée ; la faillite n'étant pas encore déclarée, le débiteur étant encore *in bonis*, les articles 550 et 576 n'y mettaient encore aucun obstacle. Dès lors, peu importe que, dans la suite, la faillite vienne à être déclarée, cette situation nouvelle ne pourra nuire au demandeur. C'est là une conséquence forcée du principe que nous admettons, à savoir

que, pour apprécier le bien fondé d'une demande, c'est au jour où cette demande a été formée, qu'il appartient au juge de se reporter.

Ainsi nous admettons que la résolution, pourvu qu'elle ait été demandée, alors que le débiteur était encore *in bonis*, pourra être prononcée après le jugement déclaratif (1).

272. — C'est là d'ailleurs la solution que la jurisprudence a consacrée. La Cour de Paris s'était prononcée en sens contraire dans un arrêt du 21 mai 1887 ; mais cet arrêt fut cassé par un arrêt de la Cour de cassation du 24 décembre 1889 (2). Il s'agissait dans l'espèce d'une vente de fonds de commerce, dont la résolution avait été demandée par le vendeur peu de temps avant que la faillite de l'acheteur eût été déclarée. La Cour de cassation a reconnu au vendeur le droit de reprendre son fonds. C'est également en ce sens et encore à propos d'une vente de fonds de commerce que s'est prononcée la Cour de Nancy dans un arrêt du 10 novembre 1897 (3).

273. — Il faut reconnaître toutefois, que cette solution n'est pas sans présenter pour la masse de véritables dangers, surtout lorsqu'il s'agit d'un fonds de commerce, qui bien souvent constitue tout l'actif de la faillite. Lorsque le vendeur connaîtra la situation embarrassée de son ache-

(1) Lorsqu'on raisonne, en partant de l'idée de rétroactivité des jugements déclaratifs, on peut se trouver assez embarrassé pour refuser la résolution à un vendeur qui, sans avoir formé aucune demande avant la faillite, avait du moins, dès avant le jugement déclaratif, mis son acheteur en demeure. Car on devrait considérer que du moment qu'il y a eu inexécution rendue certaine par une sommation restée sans résultat, le tribunal sera toujours obligé, à quelque moment qu'il soit saisi, de constater cette inexécution antérieure à la faillite et de déclarer que par là même le bien n'est jamais sorti du patrimoine du vendeur et n'a jamais pu faire partie de l'actif de la faillite.

(2) D. 1890.1.161, *Journal des faillites*, 1890, p. 145.

(3) *Gazette du Palais*, 1897.2.684.

teur, il n'aura qu'à se hâter d'introduire une demande en résolution, et, s'il a le bonheur de pouvoir le faire, avant que la faillite n'ait été déclarée, il échappera aux conséquences désastreuses de cette faillite, et reprendra au détriment de la masse le bien aliéné.

Il est vrai qu'avec le système de la jurisprudence sur les faillites de fait, la masse serait beaucoup mieux protégée ; le vendeur ne conserverait ses droits intacts qu'autant qu'il aurait formé sa demande avant la cessation des paiements. Mais pour nous qui n'admettons pas les faillites de fait, il n'en est pas ainsi et la solution que nous venons de défendre conserve vis-à-vis de la masse tous ses inconvénients (1).

274. — Il ne nous reste plus qu'à envisager une autre hypothèse où notre problème se complique quelque peu ; nous voulons parler du cas où la demande formée avant la déclaration de faillite a été suivie d'un jugement égale-

(1) Toutefois il ne serait peut-être pas impossible d'écarter cette conséquence fâcheuse, tout en ne se ralliant pas pour cela à la théorie des faillites de fait, telle qu'elle se dégage de la jurisprudence. Ce qu'il est difficile d'admettre dans le système de la jurisprudence, c'est que tout tribunal ait le pouvoir de reconnaître incidemment certains effets qui seraient attachés *ipso jure* au fait de la cessation des paiements. Mais ne pourrait-on pas soutenir que la faillite existe par la vertu seule de la cessation des paiements, pourvu qu'un jugement déclaratif, rendu conformément aux règles du livre III, vienne vivifier ce régime, le fasse entrer pratiquement en application. Ce jugement ne ferait que constater l'état de la faillite, qui d'après l'article 437 lui-même n'est autre chose que l'état du commerçant, qui a cessé ses paiements ; il rétroagirait donc *quant à ses effets* au jour de la cessation des paiements, ou du moins quant à ceux de ses effets, qui ne sont point solidaires d'une procédure déterminée. Par suite toute demande de résolution qui ne serait introduite que postérieurement à la cessation des paiements devrait par là même être rejetée. Dans ce cas le principe que « nul ne doit souffrir des lenteurs de la justice » ne saurait d'ailleurs trouver aucune application : au jour même de l'introduction de la demande, il existait déjà un état de fait, qui sera reconnu ensuite, comme état de droit, et qui rendait par là même cette demande irrecevable.

ment antérieur à la faillite et accordant des délais au débiteur. Quelle solution devrons-nous donner, si la faillite survenant pendant les délais, le vendeur se voit dans la nécessité de former une nouvelle demande en résolution, demande qui sera forcément postérieure au jugement déclaratif? Le vendeur se trouvera-t-il dans ce cas privé du bénéfice de la résolution ?

Nous ne le croyons pas. Le vendeur avait fait, avant la faillite, toutes diligences pour sauvegarder ses droits, il avait fait tout ce qui était en son pouvoir, pour arriver à la résolution ; si le tribunal la lui a refusée, c'est qu'il a cru que cette résolution serait prématurée, et que l'acheteur, pour peu qu'on lui accordât quelques délais, arriverait à se libérer. Or les événements se sont chargés de montrer au juge qu'il s'était trompé dans son appréciation, que la demande en résolution n'avait rien de prématuré, qu'il eût été très juste au contraire de la prononcer immédiatement ; il ne faut pas dès lors que le vendeur puisse souffrir des délais qui ont été intempestivement donnés à son débiteur. Aussi croyons-nous qu'après la faillite déclarée, il pourra obtenir la résolution à laquelle il avait droit au jour de sa demande, et qu'on a eu le tort de ne pas prononcer immédiatement.

Et d'ailleurs, en accordant des délais, le tribunal reconnaît par là même que la résolution devra être prononcée, si à l'expiration de ces délais le débiteur ne se libère pas ; le créancier a d'ores et déjà une sorte de droit acquis à la résolution, pour le cas où il ne serait pas payé ; s'il ne l'est pas à l'échéance du terme de grâce, peu importe que dans l'intervalle son débiteur soit ou non tombé en faillite, il est en droit d'exiger que la résolution soit prononcée.

APPENDICE

ALIÉNATIONS FAITES PAR LE FAILLI.

275. — En terminant cette quatrième partie, nous ne pouvons pas ne pas rapprocher des questions, qui y ont été discutées, certaines questions voisines, qui bien que n'étant pas relatives à la résolution des contrats, n'en rentrent pas moins dans le cadre de notre étude et trouvent ici leur place.

Après avoir étudié les cas d'acquisitions faites par le failli, il est tout naturel de prendre la situation inverse, d'envisager les cas où le failli, au lieu de se porter acquéreur, a consenti au contraire antérieurement à la faillite certaines aliénations.

Quel sera le sort de ces aliénations ? Telle est la question à laquelle nous sommes conduit maintenant, et dont nous voulons dire quelques mots, puisqu'aussi bien elle rentre complètement dans notre sujet : ne s'agit-il pas, en effet, de contrats antérieurs à la faillite et sur lesquels la faillite est susceptible d'exercer son influence.

C'est cette influence que nous voulons rechercher, en supposant, bien entendu comme toujours, qu'on se trouve en dehors du domaine des articles 446 et 447 du Code de commerce.

Ici, cela va de soi, ce n'est plus au principe de la *lex commissoria* que nous aurons à faire appel, nous devrons nous reporter exclusivement aux conditions d'opposabilité aux

tiers de certains actes d'aliénation qui sont *inter partes* pleinement valables et définitifs. Puisque dans notre droit, certaines aliénations ne sont opposables aux tiers que moyennant l'accomplissement de certaines formalités, c'est en examinant, comment la faillite peut mettre obstacle à l'accomplissement de ces formalités, lorsqu'elles sont nécessaires, que nous arriverons à la solution de notre question actuelle.

276.—Nous envisagerons successivement les aliénations de meubles, puis celles d'immeubles, et enfin les aliénations de navires, les cessions de brevets d'invention et les cessions de créance.

§ 1. — Aliénation de meubles et effets mobiliers.

277. — Il est certain que, si avant le jugement déclaratif de faillite, les objets vendus ont été déjà livrés par le failli à son acheteur, aucune question ne peut se poser ; la vente étant par hypothèse exempte de fraude, la masse n'a plus aucun droit à prétendre sur des biens définitivement sortis du patrimoine du failli.

278. — Mais où les difficultés surgissent, c'est dans le cas où la faillite vient à être déclarée, avant que les objets vendus aient été livrés à l'acheteur. La masse sera-t-elle alors privée de son droit de gage sur ces objets, qu'elle trouve encore entre les mains du failli ; aura-t-elle un moyen de mettre en échec l'action en revendication intentée par l'acquéreur ? Telle est la question qu'il s'agit de résoudre.

Dans notre droit, le transfert de propriété est produit par le simple accord des volontés. Dès lors pourvu qu'il s'agisse de corps certains, ou de choses individualisées,

quand bien même ces objets achetés seraient restés dans les magasins du vendeur, l'acquéreur en est devenu propriétaire du jour même du contrat et il ne semble pas qu'on puisse, dans ces conditions, songer à lui refuser l'action en revendication.

279. — Toutefois on a essayé de dénier à l'acheteur le droit de revendiquer. On a voulu pour cela faire intervenir l'article 1141 du Code civil. On a prétendu, en s'appuyant sur cet article, que la convention ne transférait par elle-même la propriété qu'*inter partes*, mais que ce transfert n'était opposable aux tiers que lorsqu'il avait été rendu public, par une prise de possession effective ; dès lors, disait-on, vis-à-vis de la masse, qui joue le rôle d'un tiers, l'acquéreur ne pourra se prévaloir de son acquisition ; son action en revendication se trouvera paralysée (1).

Cette façon de raisonner ne peut être admise ; tout ce que fait l'article 1141, c'est de donner la préférence, entre plusieurs ayants cause à titre particulier, à celui qui a été mis en possession réelle ; dès lors cet article qui vise uniquement un conflit entre plusieurs ayants cause successifs, ne peut trouver d'application dans notre hypothèse. Il est impossible en effet, d'assimiler la masse à un ayant cause à titre particulier, et il serait impossible d'autre part d'apprécier sa bonne ou sa mauvaise foi, comme l'article 1141 commanderait de le faire.

280. — Pour refuser à notre acquéreur l'action en revendication, il faudrait soutenir, avec MM. Delamarre et Lepoitvin, que le transfert de propriété dans les ventes commerciales n'a pas lieu par le seul échange des volontés, que « dans les achats et ventes du commerce, lequel

(1) V. Toullier, t. IV, p. 205 et Troplong, *Vente*, t. I, p. 42.

ne vit pas d'idéologie, la propriété s'acquiert par la tradition qui est la fin et la consommation du contrat » (1) ; mais cette théorie, comme nous l'avons déjà dit, est restée personnelle à MM. Delamarre et Lepoitvin (2).

Aussi devons-nous admettre, avec tous les auteurs et une jurisprudence constante, que l'acquéreur de marchandises individualisées dans les magasins du failli et non encore livrées, conserve même après la faillite le droit de les revendiquer (3).

§ 2. — Aliénations d'immeubles.

281. — En matière d'aliénations immobilières le transfert de propriété a bien lieu *inter partes* par suite du seul échange des volontés, mais il n'en est ainsi qu'*inter partes*; vis-à-vis des tiers (et nous préciserons plus tard ce qu'il faut entendre par là) le transfert est subordonné à certaines formalités de publicité ; tant que ces formalités ne sont pas remplies, le transfert est inopposable aux tiers en question.

Ceci rappelé, supposons qu'un immeuble ait été aliéné par le failli antérieurement à sa faillite, et que les formalités de publicité n'aient pas été remplies, c'est-à-dire que l'acquéreur n'ait pas fait *transcrire* l'acte d'aliénation. Dans ces conditions la faillite venant à être déclarée, quels seront les droits respectifs de la masse et de l'acquéreur ? l'acquéreur pourra-t-il encore faire transcrire son titre ?

(1) V. Delamarre et Lepoitvin, *Droit commercial*, t. VI, n° 86.

(2) En voir la réfutation dans Dufour, *Droit maritime*, t. II, n° 498 et suiv. ; Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 96.

(3) Voir notamment Dijon, 27 juin 1864, S. 1864.2.183 ; Orléans, 15 juillet 1897, *Gazette du Palais*, 1897, 2e partie, p. 341 ; Tr. com. Marseille, 5 janvier 1898, *Rec. du Havre*, 1898.2.200.

la masse aura-t-elle le droit de méconnaître une aliénation qui n'a pas été publiée?

Pour répondre à ces questions il importe de distinguer, s'il s'agit d'une aliénation à titre gratuit ou d'une aliénation à titre onéreux.

282. — A. *Cas d'une donation.* — Dans ce cas aucun doute n'est possible : du jour du jugement déclaratif, la masse peut opposer le défaut de transcription, et une transcription postérieure serait de nul effet vis-à-vis de la masse.

C'est qu'en effet, en vertu de l'article 941 du Code civil, le défaut de transcription des donations peut être opposé par toutes personnes y ayant intérêt. Or parmi ces personnes rentrent certainement les créanciers chirographaires. Sans doute, ces créanciers chirographaires, tant qu'ils n'auront exercé aucune mainmise sur l'immeuble, ne pourront élever aucune prétention : un débiteur restant libre, en thèse générale, d'aliéner ses biens quoiqu'il ait des créanciers. Mais il en sera tout autrement si les créanciers chirographaires ont opéré une saisie, ou ce qui revient au même, si par suite de la faillite le débiteur a été dessaisi; à partir de ce moment la masse composée de créanciers chirographaires, pourra certainement opposer le défaut de transcription, considérer la donation comme non avenue vis-à-vis d'elle, faute de transcription en temps utile, étendre son droit de gage sur l'immeuble, malgré la donation dont il a été l'objet (1).

283. — B. *Cas d'une aliénation à titre onéreux.* — Dans ce cas les principes à appliquer vont être tout différents.

(1) Voir en ce sens, Demolombe, XX, n° 303 ; Aubry et Rau, § 209, p. 313, note 93 ; Lyon-Caen, *Traité*, t. VII, p. 250. — Cassation 20, novembre 1859, S. 1859.1.481.

En matière de donation, les créanciers composant la masse n'ont qu'à invoquer leur qualité de saisissants, pour avoir le droit de méconnaître les donations non encore transcrites au jour de la faillite ; au contraire, en matière d'aliénation à titre onéreux, cette qualité de saisissants ne saurait suffire, tout au moins d'après la doctrine généralement admise à laquelle nous croyons devoir nous rallier.

La transcription des donations et, d'autre part, la transcription des ventes ont, en effet, des origines bien distinctes ; la première dérive de l'ancienne *insinuation* et fut introduite dans notre Code par défaveur pour la donation ; la seconde procède de préoccupations tout autres : ce sont les nécessités du crédit hypothécaire qui ont déterminé le législateur de 1855 à l'établir.

284. — La loi de 1855, justement parce qu'elle n'avait en vue que le régime hypothécaire, ne considère comme tiers, auxquels l'aliénation non transcrite ne puisse être opposée, que les personnes qui « ont des droits sur l'immeuble et les ont conservés en se conformant aux lois ». Droit sur l'immeuble, d'après l'opinion commune, doit s'entendre uniquement des droits réels. Toutefois cette interprétation a été critiquée par certains auteurs, notamment par M. Labbé dans une note au Sirey (1).

Dans cette opinion dissidente on fait remarquer que le législateur de 1855 n'a pas employé le terme droit réel, il s'est servi au contraire, et, sans doute à dessein, de l'expression plus compréhensive, et d'ailleurs un peu vague, de *droits* en général ; ce qui permet d'appliquer l'article 3 de la loi, non seulement aux créanciers et aux acquéreurs

(1) S. 1877.1.441.

postérieurs, mais encore aux créanciers saisissants et, en cas de faillite, par le seul effet du dessaisissement, aux créanciers composant la masse. On ajoute qu'à la rigueur le droit du saisissant peut être rangé parmi les droits réels. Dès l'instant, dit-on (1), que le créancier chirographaire, a cessé de suivre complètement la foi de son débiteur, est entré en lutte avec lui, a pratiqué des saisies, dont les effets sur le bien saisi doivent être indépendants de la volonté et des actes volontaires de son débiteur, il a par là même acquis un droit réel sur l'immeuble : car un effet juridique quelconque produit sur un bien, et affectant la propriété de ce bien, qui est désormais indépendant de la volonté et des actes volontaires du débiteur, mérite le nom de droit réel.

Mais cette opinion, quelque séduisante qu'elle puisse être, n'a trouvé que très peu d'écho dans la doctrine et nous croyons que c'est avec juste raison qu'elle a été repoussée. En effet les travaux préparatoires de la loi de 1855, ne laissent aucun doute sur le sens des mots « *qui ont des droits sur l'immeuble* ». Ce membre de phrase ne se trouvait pas dans la rédaction primitive de l'article 3, et il n'y a été ajouté que pour écarter précisément les prétentions des créanciers chirographaires (2). C'est ce qui fait la grande différence entre le système de la loi de 1855 et le système de l'article 941 du Code civil. En matière de donation, le Code admet les créanciers chirographaires à opposer le défaut de transcription ; tandis qu'en matière d'aliénation à titre onéreux, le législateur de 1855 a formellement voulu leur en refuser le droit.

285. — Nous admettons donc, avec la très grande ma-

(1) Labbé, *loc. cit.*

(2) Voir le rapport de M. de Belleyme, S. *Lois annotées*, 1855, p. 28, n° 8.

jorité des auteurs (1), que les tiers pouvant opposer le défaut de transcription sont seulement les tiers ayant acquis sur l'immeuble des droits réels. Et dès lors tout revient à savoir dans quel cas et à quelles conditions les créanciers composant la masse acquièrent des droits réels sur les immeubles du failli.

Pour certains auteurs, M. Thaller notamment (2), ce résultat se produit par le seul effet du jugement déclaratif : « La faillite doit être interprétée, dit M. Thaller, comme une charge, qui affecte les biens au remboursement des créanciers contemporains de son ouverture ; et une affectation de cette nature, doit se ranger dans la catégorie des droits réels puisqu'elle pèse objectivement sur les valeurs comprises dans l'actif. » Cette opinion, que nous avons déjà rencontrée, procède de vues théoriques très élevées, et devrait sans doute se recommander en législation ; mais nous ne croyons pas, dans l'état actuel de nos lois, qu'il soit possible de la mettre en harmonie avec les textes.

Force nous est donc de la repousser pour nous rallier, à la théorie généralement admise (3), en vertu de laquelle les créanciers composant la masse n'acquièrent de droits réels sur les immeubles du failli, que par l'inscription sur ces immeubles de l'hypothèque établie par l'article 490 du Code de commerce.

286. — D'après cela, la masse ne pourra donc opposer le défaut de transcription qu'autant que son hypothèque aura été prise par le syndic.

(1) Bressolles, *Exposé des Règles de droit civil résultant de la loi du 23 mars 1855, sur la transcription*, n° 47 ; Flandin, *De la transcription en matière hypothécaire*, II, p. 848 ; Mourlon, *Traité théorique et pratique de la transcription*, II, p. 434 ; Demolombe, p. 456 ; Aubry et Rau, t. II, p. 313 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 50 *bis*, V.

(2) Thaller, p. 863. Comp. Bravard et Demangeat, t. V, p. 279 en note.

(3) Voir les autorités citées à la note suivante.

Cette formule nécessite quelques explications. Voici les solutions qu'elle implique.

1° Tant que la masse n'a pas fait inscrire son hypothèque sur l'immeuble aliéné, l'acquéreur garde la possibilité, en faisant transcrire son titre, de conserver intacts tous ses droits et de se mettre complètement en dehors des atteintes de la faillite (1).

On pourrait être tenté de repousser cette solution, en se fondant sur l'article 448 du Code de commerce, en soutenant qu'après le jugement déclaratif, aucune transcription ne reste possible, puisqu'en vertu de cet article, toute inscription d'hypothèque ou de privilège est prohibée après la déclaration de faillite. Mais cette manière de raisonner serait tout à fait vicieuse : l'article 448 du Code de commerce ne peut trouver d'application dans le cas qui nous occupe, car il ne s'agit pas ici d'acquérir un privilège par la transcription, il s'agit pour l'acheteur de se mettre à l'abri des constitutions de droits réels, que pourrait faire son vendeur postérieurement à la vente. Nous considérons donc, que l'acheteur qui n'a pas transcrit peut encore le faire utilement après le jugement déclaratif, et échapper complètement par là aux poursuites de la masse qui, par hypothèse, n'a pas pris encore l'hypothèque de l'article 490.

2° A l'inverse, tant que l'aliénation n'a pas été transcrite, la masse peut, en faisant inscrire son hypothèque con-

(1) Voir en ce sens : Aubry et Rau, t. II, p. 313, note 93 ; Boistel, n° 919 ; Lyon-Caen, t. VII, p. 249. — Cassation, 5 avril 1869, S. 1869.1.393, D. 1870.1.101.

Voir en sens contraire : Demangeat, V, p. 301 et suiv. ; Thaller, p. 864. Pour ces auteurs, conformément à ce que nous indiquions plus haut, le jugement déclaratif donne immédiatement à la masse, et dès avant l'inscription de l'hypothèque de l'article 490, le droit de méconnaître toute aliénation non transcrite.

server sur l'immeuble aliéné l'intégrité de son droit de gage (1).

Cela ne veut pas dire, qu'après l'inscription de l'hypothèque de la masse, l'acquéreur soit déchu du droit de faire transcrire son titre ; il pourra le faire encore, car il n'y a pas incompatibilité absolue entre les droits qu'il a sur l'immeuble et les droits qui sont invoqués par la masse, la masse ne pouvant prétendre qu'à un droit d'hypothèque ; mais l'immeuble ne figure plus dans le patrimoine de l'acquéreur que grevé d'une hypothèque. Tout ce que pourra faire l'acquéreur pour se mettre à l'abri de poursuites de ce genre, ce sera de pratiquer la purge. C'est en effet un droit qu'on ne peut guère, croyons-nous, songer à lui refuser (2).

§ 3. — Aliénations de navires, cessions de brevets d'invention, cessions de créances.

287. — Ce que nous venons de dire à propos des dona-

(1) Voir les autorités citées à la note précédente.

Notre solution est repoussée par M. Mourlon pour des raisons spéciales. D'après cet auteur le créancier, qui n'a obtenu hypothèque que postérieurement à l'aliénation de l'immeuble, ne peut se prévaloir de l'absence de transcription, lorsque sa créance est d'une origine antérieure à cette même aliénation. M. Mourlon déduit logiquement de ce principe général qu'il pose, que les créanciers du failli ne peuvent pas se prévaloir du défaut de transcription, alors même que l'hypothèque établie par l'art. 490 du Code de commerce aurait été prise par le syndic (Voir Mourlon, t. II, p. 490).

Cette opinion spéciale à M. Mourlon est rejetée par tous les auteurs ; le principe sur lequel il essaie de l'appuyer est certainement inexact (Voir Demangeat et Bravard, t. V, p. 296 ; Aubry et Rau, t. II, p. 309).

(2) Voir en ce sens : Lyon-Caen, t. VIII, p.249, n° 299.

Il va de soi que toutes les solutions, que nous venons de donner relativement aux ventes d'immeubles, doivent l'être également en ce qui concerne toutes les constitutions de droits réels, faites par le failli avant la déclaration de faillite et rentrant dans les cas prévus par les articles 1 et 2 de la loi du 23 mars 1855.

tions et des ventes d'immeubles, va nous permettre d'être très bref sur ce qui concerne les aliénations de navires, les cessions de créances et les cessions de brevets d'invention.

288. — A) *Aliénations de navires.* — D'après l'article 17 de la loi du 27 vendémiaire an II, toute aliénation de navire doit être mentionnée sur le Registre de la recette principale des douanes et au dos de l'acte de francisation. Ce sont ces deux formalités qui constituent ce qu'on appelle la *mutation en douane*. La mutation en douane joue, en matière d'aliénation de navire, le même rôle que la transcription en matière d'aliénation d'immeuble. Tant que la mutation en douane n'a pas été accomplie, le transfert de propriété qui a eu lieu *inter partes* par la seule convention, n'est pas opéré à l'égard des tiers ; ces tiers peuvent considérer l'ancien propriétaire du navire comme en ayant conservé la propriété (1).

D'ailleurs, on s'accorde à reconnaître que parmi les tiers, il faut comprendre toutes les personnes qui n'ayant pas été partie au contrat, ou n'ayant pas succédé à titre universel à l'une des parties, ont d'ailleurs intérêt à méconnaître l'acte d'aliénation (2).

Dans ces conditions, notre question se trouve résolue si la faillite de l'aliénateur du navire vient à être déclarée, avant que la mutation en douane ait été accomplie : les créanciers composant la masse n'ont pas à souffrir d'une aliénation, qu'ils sont réputés ne pas connaître, qui leur est inopposable ; et ils conservent malgré tout, dans son intégrité, leur droit de gage sur le navire en question (3).

(1) Voir Cassation, 27 février 1877, S. 1879.1.209.— Demangeat sur Bravard, IV, p. 22 ; Desjardins, I, n° 76 ; Lyon-Caen, V, p. 76.

(2) Voir Lyon-Caen et Renault, t. V, p. 79.

(3) Voir en ce sens : Paris, 4 juin 1883, *La Loi*, numéro du 29 juin 1886.

289. — B) *Cessions de brevets d'invention.* — Une solution analogue doit être donnée relativement aux cessions de brevets d'invention.

Pour qu'une cession de brevet d'invention soit opposable aux tiers, il faut que la formalité de publicité édictée par l'article 20 de la loi du 5 juillet 1844 ait été remplie. Cet article est ainsi conçu : « Aucune cession ne sera valable à l'égard des tiers qu'après avoir été enregistrée au secrétariat de la préfecture du département, dans lequel l'acte a été passé. »

Ici encore on s'accorde à ranger parmi les tiers, tous les intéressés qui n'ont pas été partie au contrat (1). Dès lors les créanciers composant la masse doivent être considérés comme des tiers au sens de la loi de 1844 ; on doit leur reconnaître le droit de comprendre dans leur gage, tout brevet d'invention dont la cession par le failli n'a pas été enregistrée avant la faillite.

290. — C) *Cessions de créances.* — Les formalités de publicité consistent ici, tantôt dans un endossement, tantôt dans une tradition, tantôt dans un transfert, tantôt dans la signification ou l'acceptation par acte authentique conformément à l'article 1690 du Code civil ; et cela suivant qu'il s'agit de titres de créance à ordre, au porteur, nominatif, ou à personne dénommée.

Tout le monde admet que, lorsque ces formalités de publicité n'ont pas encore été remplies, au moment où une saisie-arrêt vient à être formée par un créancier du cédant, le cessionnaire ne peut plus invoquer ses droits de cessionnaire au préjudice de la saisie-arrêt.

Dès lors, étant donné que la faillite amène le dessaisis-

(1) Voir en ce sens : Pardessus, n° 110 ; Renouard, n° 172 ; Bozérian, *Propriété industrielle*, n° 83 ; Pouillet, *Brevets d'invention*, n° 213.

sement, et opère comme une saisie générale de tous les biens du failli, on doit admettre : que le jugement déclaratif produit, relativement aux créances dont ce failli pourra être titulaire, les mêmes effets qu'une saisie-arrêt : et que, par suite, les cessions antérieures au jugement déclaratif, et pour lesquelles les formalités précédentes n'auraient pas été remplies, doivent être considérées comme inopposables à la masse (1).

(1) Voir Demangeat sur Bravard, V, p. 300 ; Cass., 4 janvier 1847, D. 1847.1.133 ; Cass., 26 janvier 1863, D. 1863.1.47 ; Lyon-Caen, t. VIII, p. 251.

CINQUIÈME PARTIE

DES DOMMAGES-INTÉRÊTS DE RÉSILIATION ET DE RÉSOLUTION.

---

291. — Nous avons vu dans les parties précédentes, ce que deviennent en cas de faillite les différents contrats antérieurement conclus ; nous avons vu que certains étaient résiliés de plein droit, que d'autres étaient résiliables, que d'autres enfin pouvaient, dans certains cas, être résolubles.

Il nous faut maintenant rechercher si cette résiliation ou cette résolution (1), dans les cas où elle a lieu, peut donner naissance au profit du co-contractant à un droit à des dommages-intérêts.

C'est là une question très délicate, et à propos de laquelle il y a conflit entre la jurisprudence, et la grande majorité des auteurs. La jurisprudence, depuis une dizaine d'années, refuse d'une façon constante au vendeur d'objets mobiliers, qui a fait résilier la vente, tout droit à des dommages-intérêts contre la faillite de son acheteur.

En partant de cette solution, donnée dans un cas particulier, elle étend volontiers à toutes les autres hypothèses

(1) Dans la suite de cette partie nous ne nous astreindrons pas à répéter constamment : dommages-intérêts de résiliation ou de résolution; pour simplifier nous emploierons en général l'expression unique de dommages-intérêts de résolution.

ce même refus de dommages-intérêts ; et malgré quelques hésitations qui se manifestent encore, elle semble devoir se fixer définitivement en ce sens.

Au contraire la grande majorité des auteurs (1) s'attachant fidèlement aux dispositions de l'article 1184, se prononce énergiquement en faveur de la solution inverse et reconnaît, dans tous les cas, au co-contractant le droit à des dommages-intérêts.

292. — Nous allons exposer successivement les deux systèmes en présence, en commençant par celui des auteurs, et nous essayerons de montrer ensuite, que c'est au refus des dommages-intérêts qu'il convient de s'arrêter, mais en se fondant sur une argumentation différente de celle employée par la jurisprudence.

§ 1. — Système des auteurs.

293. — Ce système, qui est admirablement exposé et défendu par M. Appleton dans un article des *Annales de droit commercial* (2), peut se résumer de la façon suivante : la résiliation que peut obtenir le co-contractant a sa cause dans l'insolvabilité du failli ; elle est donc imputable à ce dernier ; dès lors le co-contractant, tout en faisant résil-

(1) Voir notamment Thaller, *Traité*, p. 956 et note au Dalloz, D. 1895. 2.233 ; Lyon-Caen et Renault, VIII, p. 137 ; Bravard et Demangeat, V, 551 et note ; Pochet, *Des effets du jugement déclaratif sur les contrats synallagmatiques antérieurs*, p. 67 et suivantes ; Souchon, *De l'exécution des contrats synallagmatiques passés par le failli antérieurement à la faillite*, p. 142 ; Labbé, note au S. 1887.1.135 ; Appleton, *Des droits du vendeur à livrer dans la faillite de l'acheteur*, aux *Annales de dr. com.*, 1887.2.180. Voir toutefois en sens contraire : Delamarre et Lepoitvin, t. VI, n° 132 ; Bédarrides, t. III, n° 1168 ; D. A. *Supp.*, V° *Faillites*, n° 1305 ; Bonfils, *Revue critique*, 1888, *Supp.*, 453.

(2) 1887.2.280.

lier son contrat peut se faire allouer, conformément à l'article 1184 du Code civil, des dommages-intérêts pour lesquels il produira un passif chirographaire.

Supposons, par exemple, qu'il s'agisse d'une vente ; l'acheteur est tombé en faillite avant que son vendeur ne se soit dessaisi des marchandises vendues. Dans ces conditions, si le vendeur fait résoudre la vente, il a droit, d'après la doctrine, non seulement de garder ses marchandises, mais encore de produire à la faillite pour le montant du dommage que cette résolution a pu lui causer. Si, par exemple, les marchandises ont subi une baisse, et ne peuvent plus, dès lors, être vendues qu'à un prix inférieur au prix promis naguère par le failli, le vendeur pourra produire au passif pour la différence des cours (1).

(1) D'ailleurs à quelle époque devra-t-on se placer pour déterminer cette différence de cours, qui doit servir de base à l'évaluation des dommages-intérêts ?

C'est là une question qui n'est guère examinée par la doctrine et qui cependant ne laisse pas de soulever de grandes difficultés. Il suffit pour s'en convaincre de se reporter aux décisions judiciaires qui ont eu à la résoudre. La jurisprudence, en effet, comme nous le verrons plus tard, a souvent admis les dommages-intérêts de résolution dans le cas où c'est, non pas l'acheteur, mais le vendeur qui vient à tomber en faillite. C'est alors que la question se posa pour les tribunaux et qu'elle reçut dans les diverses décisions judiciaires des solutions contradictoires.

Doit-on, en effet, s'attacher à la différence entre le prix convenu et le cours au jour de la mise en demeure ? C'est la solution admise par la Cour d'Aix dans un arrêt du 6 janvier 1897 (*Journal des faillites*, 1897, p. 113) confirmant purement et simplement un jugement du tribunal de commerce de Marseille du 31 mars 1896 (*Journal des faillites*, 1896, p. 185) ? Doit-on, au lieu du jour de la mise en demeure, considérer le jour du jugement déclaratif, conformément à un jugement du tribunal de commerce de Marseille du 27 octobre 1897 (*Journal des faillites*, 1897, p. 527) ? Doit-on se reporter plutôt à la date du jugement prononçant la résolution, comme l'a décidé la Cour de Douai dans un arrêt du 8 août 1896 (*Journal des tribunaux de commerce*, 1897, p. 786) ? Doit-on, enfin, avec la Cour de Gand (arrêt du 30 avril 1889, *Journal des faillites*, 1890, p. 156), se reporter de préférence aux diverses époques auxquelles les livraisons auraient dû être faites ? Entre ces différentes solutions l'hésitation est per-

294. — Pour défendre ce système, les auteurs qui s'y rallient s'attachent surtout à démontrer que la loi commerciale n'apporte, en ce qui concerne les dommages-intérêts, aucune dérogation aux dispositions de l'article 1184 du Code civil.

La loi de 1838, disent-ils, a laissé subsister en principe le droit commun de la vente, elle n'y a apporté que des exceptions bien définies, qu'il n'est point permis d'étendre et qui ne concernent, d'ailleurs, que les droits du vendeur dessaisi.

Les travaux préparatoires (voir le rapport de M. Tripier), ne laissent aucun doute à cet égard, et il suffit de lire l'article 576 du Code de commerce, relatif à la revendication des marchandises en cours de route, pour se convaincre, que le législateur n'a nullement entendu bouleverser les principes du droit commun ; en faisant échec à ces principes dans des cas bien déterminés, il a manifesté, au contraire, son intention de les maintenir dans les autres cas.

Et cela est si vrai que, de l'aveu de tous, la résolution doit être admise en matière de faillite, dans tous les cas où sa suppression ne résulte pas des dispositions formelles des articles 550 et 576 du Code de commerce.

C'est ainsi, par exemple, bien que l'article 577 ne parle que de rétention, qu'on ne fait aucune difficulté de reconnaître au vendeur, qui ne s'est point dessaisi, le droit de faire résoudre la vente. Dès lors, puisque, pour adopter cette solution, on n'hésite pas à faire appel au droit commun, puisqu'on emprunte à l'article 1184 du Code civil, la résolution qu'il établit, on doit conserver à cette résolution tous ses caractères, décider qu'elle pourra, conformément

mise. Quant à nous, nous les repoussons toutes ; prohibant tous dommages-intérêts de résolution, nous n'avons pas à en déterminer le taux.

à l'article 1184 lui-même, donner lieu à des dommages-intérêts.

295. — Cela étant, il n'y a plus, pour la doctrine que nous exposons, qu'à dissiper un dernier doute : il n'y a plus qu'à montrer que l'état de la faillite n'empêche pas la résiliation d'être imputable à faute au failli, que la faillite en d'autres termes, n'est pas un cas de force majeure.

Or cela ne peut guère être contesté. La Cour de Paris (17 février 1892, D. 1894.2.1) fait certainement à cet égard une application très saine des principes du droit, lorsqu'elle dit : « Attendu que la faillite ne saurait être considérée comme un cas de force majeure dans les termes de l'article 1184 du Code civil ; qu'en effet la force majeure est un événement qui ne peut être prévu ni empêché, auquel il est impossible de résister, et que la faillite, conséquence de l'administration du négociant, ne peut être tenu pour un événement de cette nature (1). »

Il est bien vrai cependant que la faillite peut être le résultat de circonstances fortuites et malheureuses. Un négociant peut, comme le dit Savary dans son *Parfait négociant* « faire faillite par malheur pour avoir perdu tout son bien, soit par pertes de vaisseaux, soit par la faute de ses débiteurs ou par un incendie qui sera arrivé inopinément ». Mais cela, tout en rendant le failli digne de la plus grande commisération, ne l'exonère pas vis-à-vis de ses créanciers. D'après l'article 1147 du Code civil, le débiteur répond non seulement de sa faute, mais de son fait ; or nul doute que l'impossibilité spéciale produite par la faillite ne provienne du fait du commerçant.

(1) Comp. Gand, 30 avril 1889, *Journal des faillites*, 1890, p. 150. Voir en sens contraire : Tribunal de commerce de Marseille, 14 septembre 1886, *Journal des faillites*, 1888, p. 66.

Dans ces conditions il n'y a donc rien qui s'oppose à ce que le co-contractant ait une créance en dommages-intérêts contre le failli.

L'important serait de montrer maintenant que ce droit de créance, le co-contractant pourra le faire valoir contre la faillite. C'est là, en réalité, que réside toute la difficulté. Mais la doctrine n'admet pas qu'on puisse s'arrêter à cette question ; elle pose en principe, que seules les créances tombant sous le coup des articles 446 et 447 du Code de commerce peuvent être inopposables aux autres créanciers ; en dehors de cette hypothèse tout créancier du failli fait forcément partie de la masse ; dès lors, comme il est bien certain que les articles 446 et 447 sont hors de cause, la masse ne peut écarter le contractant qui vient demander des dommages-intérêts ; elle est obligée de l'admettre dans son sein et de subir son concours.

296. — D'autre part, dans le cas particulier qui a donné naissance aux controverses les plus vives, c'est-à-dire dans le cas de vente faite à un commerçant tombé depuis en faillite, on peut, d'après certains auteurs, présenter une argumentation spéciale en faveur du vendeur qui ne s'est pas dessaisi.

Ce vendeur, dit-on, peut être assimilé à un créancier gagiste ; il est créancier de son prix, et c'est pour avoir sûreté de cette créance qu'il a gardé en *nantissement* la chose vendue. On peut donc lui appliquer l'article 548 du Code de commerce. Si les syndics, ne tenant pas à obtenir la délivrance (ou si l'on préfère à retirer le gage), se refusent à payer intégralement le prix de vente, le vendeur, créancier gagiste, pourra faire vendre la chose dont il est nanti. Si, dans ces conditions, la somme provenant de cette vente est inférieure au prix dont il est resté créancier, il

aura droit, conformément à l'article 548, de venir « à contribution pour le surplus, dans la masse, comme créancier ordinaire ». On arrive donc ainsi, par un autre raisonnement, à permettre au vendeur non payé de produire à la faillite pour des dommages-intérêts ; ces dommages-intérêts étant égaux à la différence entre le prix de vente primitivement convenu, et la valeur actuelle de la chose (1).

297. — Enfin, comme dernier argument venant corroborer ce qui précède, on fait appel à l'équité. Le système qui permet au co-contractant de produire à la faillite pour des dommages-intérêts est, dit-on, excellent en pratique, et conforme aux principes de justice. Il empêche le co-contractant de rester à la discrétion complète de la masse, ce qui serait le résultat obligatoire du système opposé. Dans le système, en effet, où les dommages-intérêts sont refusés au co-contractant, toutes les mauvaises chances sont pour lui ; toutes les bonnes pour la masse. La masse s'aperçoit-elle que le contrat doit lui être avantageux, elle se hâtera de s'en prévaloir ; s'aperçoit-elle, au contraire, qu'il doit en définitive lui être préjudiciable, alors elle se gardera de l'exécuter au lieu et place du failli. C'est pourquoi, dit-on, il est de toute justice que, dans ce dernier cas, le co-contractant puisse, du moins, réclamer des dommages-intérêts.

D'ailleurs, lui refuser de produire au passif pour des dommages-intérêts serait, suivant l'expression énergique de M. Appleton, lui attribuer un *privilège d'infériorité*. C'est, qu'en effet, on ne peut guère songer à lui dénier un droit à des dommages-intérêts contre le failli lui-même ; tout ce que prétend la jurisprudence, c'est qu'il ne peut

(1) Voir Appleton, *loc. cit.*, p. 289.

produire à la masse chirographaire pour la créance en question ; cela revient donc bien à reconnaître aux autres créanciers le droit de se payer avant notre co-contractant, le droit d'exercer contre lui un véritable privilège.

298. — Tels sont les arguments qui sont généralement invoqués par la doctrine en faveur de son système (1). Elle s'attache en outre à réfuter les arguments de la jurisprudence, mais nous ne pouvons indiquer cette réfutation avant d'avoir exposé le système même auquel elle s'attaque.

Abordons donc immédiatement l'exposé de ce système de la jurisprudence.

§ 2. — Système de la jurisprudence.

299.— La jurisprudence, lorsqu'elle a eu à se prononcer sur notre question en cas de faillite de l'acheteur, est certainement partie de l'idée suivante : le vendeur qui réclame des dommages-intérêts a déjà bien de la chance, de n'avoir pas livré les marchandises vendues ; car si ces marchandises étaient entrées dans les magasins du failli, elles auraient été définitivement perdues pour lui, et il aurait été réduit à ne toucher qu'un dividende peut-être très faible. Au lieu de cela, il peut garder ses marchandises ; il doit donc s'estimer très heureux de pouvoir s'en tirer à si bon compte et de pouvoir échapper, dans une large mesure, à la catastrophe commune. Si la faillite de son acheteur lui cause malgré tout un certain préjudice à raison, par exemple,

(1) Bien entendu, elle invoque aussi l'article 550 du Code de commerce qui accorde des dommages-intérêts au bailleur ; mais elle ne peut trop insister sur cette disposition qui, à raison même du privilège qu'elle établit, apparait comme une disposition exceptionnelle.

d'une baisse des cours, il serait mal venu de vouloir se plaindre et de vouloir réclamer, de ce chef, des dommages-intérêts pour lesquels il devrait venir en concours avec des créanciers beaucoup moins favorisés que lui.

Cette manière d'envisager les choses trouve certain crédit auprès des commerçants ; il suffit pour s'en convaincre de consulter les jugements de nos tribunaux consulaires. Mais il y a plutôt là une impression qu'une argumentation véritable et cela ne pouvant suffire pour fonder le système qu'on désirait adopter, il fallait trouver des raisons juridiques.

300. — C'est alors qu'on arriva peu à peu à la théorie suivante qui se dégage facilement des diverses décisions judiciaires.

La faillite ne résiliant pas par elle-même les contrats antérieurs, le vendeur devrait effectuer la livraison, quitte à produire ensuite pour le montant du prix, et à ne le toucher qu'en monnaie de faillite.

Toutefois le législateur, craignant de se montrer trop rigoureux à l'égard du vendeur, lui permet, par une faveur toute spéciale, de retenir les marchandises vendues. C'est une faveur, et les faveurs du législateur ne peuvent être étendues par l'interprète ; celui-ci doit se contenter d'appliquer l'article 577 du Code de commerce de la façon la plus restrictive. Or l'article 577 ne parle que de rétention ; il dit simplement « pourront *être retenues* par le vendeur ». Il ne prévoit pas comme l'article 1184 une allocation de dommages-intérêts ; le vendeur qui retient en invoquant l'article 577 ne peut donc prétendre à des dommages-intérêts.

D'après la jurisprudence, la loi commerciale en matière de résolution se suffit à elle-même ; il n'y a pas à faire ap-

pel au droit commun de l'article 1184 et à tirer argument des dispositions de cet article qui consacrent formellement le droit aux dommages-intérêts.

D'ailleurs l'article 576 du Code de commerce vient fournir une preuve certaine de la suppression en cas de faillite des dommages-intérêts de résolution. Cet article, qui sous le nom de revendication, admet dans un cas particulier un véritable droit de résolution, subordonne l'exercice de ce droit à une condition, qu'il serait impossible d'expliquer, si des dommages-intérêts devaient être accordés au vendeur. Ce vendeur, en effet, doit rembourser à la masse non seulement les acomptes reçus, mais encore toutes avances faites par le failli pour fret ou voitures, commissions, assurances ou autres frais. Cela indique clairement que le législateur n'entend permettre au revendiquant que la reprise de sa chose elle-même : bien loin de lui accorder des dommages-intérêts, il lui impose, au contraire, de prendre à sa charge tous les frais que la vente a pu occasionner.

Enfin, il n'est pas jusqu'à l'article 578 qui, d'après certaines décisions judiciaires, ne puisse fournir argument contre l'admission de dommages-intérêts. D'après cet article le syndic a la *faculté* d'exiger la livraison en payant le prix convenu ; cette faculté, dit-on, n'en serait plus une, si la masse, pour ne l'avoir point exercée, devait encourir une condamnation à des dommages-intérêts, ou tout au moins, devait subir le concours du vendeur se présentant comme créancier de dommages-intérêts.

301. — Toute cette argumentation suppose, comme on voit, l'hypothèse d'une vente faite à un acheteur tombé depuis en faillite. Dans l'hypothèse où, c'est au contraire, le vendeur qui est tombé en faillite, il était difficile à la

jurisprudence de trouver dans les textes le même appui. Aussi hésita-t-elle à admettre, dans ce cas, la même solution que précédemment, et se crut-elle souvent obligée d'accorder à l'acheteur le droit de produire à la faillite de son vendeur pour des dommages-intérêts de résolution.

Mais en réalité les considérations, qui l'avaient déterminée à refuser ce même droit au vendeur, se retrouvaient ici, et il y avait quelque chose d'illogique à donner des solutions différentes, suivant que la faillite venait frapper le vendeur ou l'acheteur. Cette contradiction n'avait échappé à personne, et les auteurs s'en faisaient une arme pour attaquer les décisions judiciaires refusant au vendeur des dommages-intérêts. C'est pourquoi la jurisprudence s'enhardit peu à peu et actuellement elle semble sur le point de poser définitivement en principe, que la résiliation des contrats antérieurs ne peut jamais donner lieu à une production au passif pour des dommages-intérêts. Il en serait donc ainsi non seulement pour la résolution de la vente où il n'y aurait plus à distinguer d'ailleurs entre la faillite de l'acheteur et celle du vendeur, mais il en serait encore de même pour la résiliation de tous les contrats.

Toutefois, à cette théorie générale un texte formel vient apporter une exception qu'on sera toujours obligé de respecter. L'article 550 reconnaît expressément au bailleur d'immeubles, le droit de réclamer contre la faillite de son locataire des dommages-intérêts de résiliation. Bien plus, cet article 550 va même jusqu'à accorder pour le paiement de ces dommages-intérêts un privilège sur tout ce qui garnit les lieux loués.

Tel est l'état actuel de notre jurisprudence. Pendant longtemps la question resta presqu'inaperçue ; ce qui lui donna toute son importance ce fut la multiplicité toujours

croissante des marchés à livrer, et l'extension prise dans ces derniers temps par la spéculation en bourse.

302. — Si nous prenons d'abord le *cas de vente faite au failli*, nous voyons en 1860 le tribunal de Marseille (1), admettre une solution bâtarde assez singulière. Partant de cette idée, que le vendeur, qui fait résoudre la vente, ne voulant pas courir de chances, ne doit pas prétendre à des bénéfices, le Tribunal n'accorde de dommages-intérêts à ce vendeur que pour le *damnum emergens* et non pour le *lucrum cessans*.

Mais, ce n'est qu'en 1883, que la question se posa avec toute son acuité, ce fut dans un procès intenté par la Compagnie des Forges et Fonderies de Terre-Noire contre les syndics de la faillite de l'Union générale ; les dommages-intérêts prétendus par la Compagnie de Terre-Noire s'élevaient à 4 millions. Le Tribunal de commerce de la Seine (2) débouta la Compagnie de sa demande, mais la Cour de Paris infirma le jugement (3) ; la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi, cassa le 16 février 1887 (4) l'arrêt de la Cour de Paris, et renvoya devant la Cour d'Amiens qui, le 13 juillet 1887, rendit un arrêt conforme à la solution de la Cour de cassation.

L'arrêt de cassation du 16 février 1887 fut le point de départ de la jurisprudence actuelle, qui ne cessa ensuite de s'affirmer. Les dommages-intérêts furent refusés aux vendeurs par le Tribunal de commerce de la Seine les 25 novembre 1889 (5), 24 juin 1889 (6) et 15 avril 1893 (7) ;

(1) 26 octobre 1860, *Journal de Marseille*, 1860.1.269.
(2) 7 mai 1883, *Journal des faillites*, 1884, p. 532.
(3) S. 1887.2.25, note de M. Labbé.
(4) D. 1887.1.201, S. 1887.1.145, note de M. Labbé.
(5) *Journal des faillites*, 1890, p. 68.
(6) — 1889, p. 487.
(7) — 1893, p. 274.

par la Cour de Nancy le 23 mai 1893 (1); par la Cour de Douai, le 29 mai 1893 (2); par la Cour de cassation, le 8 avril 1895 (3).

303. — Si nous passons maintenant au *cas de faillite du vendeur*, nous trouvons des décisions tantôt dans un sens, tantôt dans l'autre, la jurisprudence n'est pas encore définitivement fixée. En 1831, on trouve un arrêt de la Cour de Bourges (4) qui semble accorder à l'acheteur des dommages-intérêts contre la faillite de son vendeur; mais cet arrêt n'est pas très explicite; il n'est pas bien sûr qu'il se rapporte à notre question.

En 1856, la Cour de Poitiers rendait un arrêt admettant les dommages-intérêts et permettant, en outre, à l'acheteur, ce qui est unanimement critiqué, de se présenter pour le paiement de ces dommages-intérêts comme *créancier de la masse* (5) : c'est comme si la masse, en n'exécutant pas la vente, commettait une faute personnelle qu'elle aurait elle-même à réparer. Une semblable conception est certainement insoutenable.

Si nous arrivons à ces années dernières, nous constatons que le Tribunal de commerce de Marseille est resté fermement attaché à l'admission des dommages-intérêts. C'est dans ce sens qu'il se prononça le 15 mars 1892 (6), le 31 mars 1896 (7), le 27 octobre 1897 (8), le 5 janvier

(1) *Gazette du Palais*, 1893.2.24; *Journal des faillites*, 1894, p. 160, D. 1894.2, p. 27.

(2) *Gazette du Palais*, 1893.2.24, D. 1893.2.347.

(3) *Journal des tribunaux de commerce*, 1895, p. 296, D. 1895.1.481 avec une note de M. Guenée. Voir en outre : Grenoble, 27 juillet 1897, D. 1898. 2.265.

(4) Bourges, 6 août 1831, S. 32.2.348.

(5) Poitiers, 12 mars 1856, D. 1856.2.274.

(6) *Journal des faillites*, 1894, p. 330.

(7) — 1896, p. 185.

(8) — 1897, p. 527.

1898 (1). D'ailleurs, son jugement du 31 mars 1896 fut confirmé par la Cour d'Aix le 6 janvier 1897 (2).

Le Tribunal de commerce de Marseille part de cette idée, que si l'on doit refuser des dommages-intérêts au vendeur, en cas de faillite de son acheteur, c'est uniquement en raison des articles 576 et suivants du Code de commerce. Dès lors, comme ces articles ne peuvent s'appliquer à l'acheteur qui se trouve en présence d'un vendeur en faillite, cet acheteur peut invoquer le droit commun de l'article 1184 et produire pour des dommages-intérêts.

A l'inverse, la Cour d'Amiens dans un arrêt du 12 août 1897 (3), refuse à l'acheteur le droit de réclamer des dommages-intérêts contre la faillite de son vendeur (4). C'est dans le même sens que s'est prononcé le Tribunal de commerce de Nantes le 20 juillet 1897 (5).

304. — Prenons maintenant le cas où le contrat résilié par suite de la faillite est un contrat autre que la vente ; c'est là que se manifeste clairement la tendance actuelle à la suppression dans les faillites, de tous dommages-intérêts de résolution. Déjà en 1884 le Tribunal de commerce de Chalon-sur-Saône (6) avait refusé des dommages-intérêts à l'employé congédié par suite de la faillite du patron (7). Mais c'est dans un arrêt de la Cour de Paris du

(1) *Rec. du Havre*, 1898.2.200.

(2) *Journal des faillites*, 1897, p. 113.

(3) *Journal des faillites*, 1897, p. 416.

(4) Cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi admis par la Chambre des requêtes (Voir *Journal des faillites*, 1898, p. 61) mais nous ne savonssi la Chambre civile a rendu son arrêt ; nous n'avons pu trouver cet arrêt dans aucun des recueils de jurisprudence.

(5) *Gazette du Palais*, 1897.2.282.

(6) 22 décembre 1884, *Journal des faillites*, 1885, p. 349.

(7) Voir dans le même sens : Tribunal de commerce de Marseille, 14 septembre 1882 (*Journal des faillites*, 1883, p. 65), mais le tribunal part de ce principe « qu'un *fait de force majeure* tel qu'une faillite, qui fait ces-

19 mai 1892, 6e Chambre (1), relatif au contrat de louage d'ouvrage, qu'on trouve le principe formulé de la façon la plus catégorique et avec toute l'autorité qui s'attache aux décisions de la première de nos Cours d'appel : « Considérant qu'un créancier ne peut avoir droit à des dommages-intérêts à raison de l'inexécution d'un contrat, lorsqu'il est établi, comme dans l'espèce, et d'ailleurs non contesté, que cette inexécution est la conséquence de la faillite du débiteur (2). » La même solution fut donnée par le Tribunal de commerce de la Seine le 10 octobre 1895 (3) : « Attendu qu'un créancier ne peut avoir droit à des dommages-intérêts à raison de l'inexécution d'un contrat, lorsqu'il est établi, comme en l'espèce, que cette inexécution est la conséquence de la faillite du débiteur (4). »

Nous devons reconnaître que ces différentes décisions sont assez faiblement motivées ; elles posent le principe et l'admettent comme s'il était incontestable ; elles ne s'attachent guère en général à en démontrer l'exactitude.

Indiquons que la jurisprudence belge semble fixée dans

ser tout à la fois l'industrie et l'emploi, ne doit pas donner lieu à des dommages-intérêts ». Cette conception de la faillite, cas de force majeure, est certainement inadmissible.

(1) D. 1895.2.233.

(2) Il est d'ailleurs indispensable d'ajouter que quelques semaines auparavant, le 17 février précédent, la Cour de Paris, 5e Chambre, statuant à propos d'un louage de services, avait admis les dommages-intérêts (Voir D. 1894.2.1, note de M. Boistel).

(3) *Gazette du Palais*, 1895.2.543, *le Droit* du 6 novembre 1895. Voir également deux jugements du Tribunal de commerce de la Seine, l'un du 7 mai 1883 (*Journal des faillites*, 1884, p. 537) et l'autre du 3 avril 1884, *Journal des faillites*, 1885, p. 349.

(4) Voir dans le même sens : Tribunal de Versailles, 7 juillet 1896, *Gazette des Tribunaux* du 11 janvier 1897 ; Tribunal de commerce de la Seine, 2 novembre 1898, *Gaz. Pal.*, 1899, p. 32 ; Cour de Poitiers, 7 novembre 1898, *Gaz. Pal.*, 1898.2.592. Voir en sens contraire : Trib. com. St-Etienne, 3 janvier 1899, *Moniteur judiciaire de Lyon*, numéro du 13 janvier 1899 ; Trib. com. Nantes, 3 septembre 1895, *Rec. Nantes*, 1896.2.255.

un sens opposé à notre jurisprudence française. C'est ainsi que la Cour de cassation belge par un arrêt du 7 février 1889 (1) accorde des dommages-intérêts au vendeur dans la faillite de son acheteur. D'autre part un arrêt de la Cour de Gand du 31 avril 1889 (2) accorde à l'acheteur des dommages-intérêts dans la faillite de son vendeur (3).

§ 3. — Critique de l'argumentation de la jurisprudence.

305. — Les arguments invoqués par les arrêts ou jugements en faveur de la solution qui tend à prévaloir en jurisprudence, ne sont pas très concluants : ils prêtent le flanc à un grand nombre d'objections, et la doctrine n'a pas de peine à les réfuter.

306. — Et tout d'abord les considérants des décisions judiciaires ne contiennent de véritable argumentation, que dans le cas où il s'agit d'une vente faite au failli. Or cette argumentation qui ne s'appuie guère que sur les articles 576, 577 et 578 du Code de commerce n'est pas susceptible de s'étendre aux autres hypothèses. Ainsi, quand bien même elle serait parfaitement concluante, elle ne permettrait pas de poser de principe général s'appliquant à tous les contrats.

En dehors du cas de vente la jurisprudence ne fournit guère, en faveur de son système, que des raisons vagues ; à moins qu'elle ne résolve simplement la question par la question. C'est ainsi que certaines décisions judiciaires se contentent d'affirmer, par exemple, que le co-contractant qui a fait résoudre son contrat, qui garde par suite la pres-

(1) *Journal des faillites*, 1889, p. 224, D. 1891.2.286.
(2) D. 1891.2.286, S. 1890.4.1.
(3) *Journal des faillites*, 1890, p. 156.

tation par lui promise, ne doit pas entrer en concours avec les autres créanciers, qui luttent *de damno vitando* ; c'est ainsi encore que d'autres décisions affirment d'une façon plus simple, et qui dispense de tout raisonnement, que la la production pour des dommages-intérêts est contraire aux règles de la faillite.

307. — Mais même lorsqu'il s'agit de la faillite de l'acheteur, la façon dont la jurisprudence prétend établir son système (1) est loin d'être à l'abri de toute critique. Elle pose en principe, comme nous l'avons vu au commencement du paragraphe précédent, que la loi commerciale relativement à notre problème, se suffit à elle-même, que les articles 576 et suivants doivent être considérés comme l'unique siège de la matière ; que ces articles ne permettent plus aucun emprunt au droit civil et organisent une résolution sans dommages-intérêts que l'article 1184 ne connaît pas.

Or cette manière de voir est certainement inexacte ; le Code de commerce ne contient ici que de simples dérogations au droit commun et laisse subsister ce droit commun, toutes les fois qu'on se trouve en dehors du domaine propre de ces dérogations. Et cela est si vrai que, même avec la théorie de la jurisprudence, on est encore obligé de faire appel au droit commun. La loi commerciale ne consacre au profit du vendeur, qui ne s'est pas dessaisi, qu'un simple droit de rétention ; or tout le monde concède que ce vendeur ne sera pas tenu d'attendre indéfiniment les poursuites du syndic, et de garder les marchandises vendues à la disposition de ce dernier, sans qu'il lui soit jamais permis d'en disposer. Pour reconnaître à ce vendeur

(1) Voir l'arrêt de Cassation du 16 février 1887, D. 1887.1.201, S. 1887. 1.145.

le droit de faire résoudre la vente, il faut bien faire intervenir les principes du droit civil sur la *lex commissoria* tacite.

Il est vrai que les arrêts et jugements admettent volontiers que l'article 577 ne vise pas seulement l'exercice d'un simple droit de rétention, mais qu'il institue une résolution spéciale, une résolution sans dommages-intérêts. Mais il y a là une pure affirmation ; le texte ne contient rien qui puisse la justifier ; il dit simplement *pourront être retenues, etc.* ; il n'y est question ni de résolution, ni de suppression de dommages-intérêts.

L'article 578 emploie l'expression *permissive* « pourront être retenues » ; on veut en conclure qu'il a quelque chose d'exceptionnel, qu'il confère une faveur et que cette faveur ne peut être étendue ; autrement dit que l'interprétation restrictive s'impose. Mais, nous l'avons déjà vu, cette interprétation restrictive est impossible ; elle ne conduirait à rien moins qu'à obliger le vendeur à garder indéfiniment les marchandises à la disposition du syndic. Et d'ailleurs il n'est point vrai que l'article 577 présente quelque chose d'exceptionnel ; le droit de rétention qu'il consacre, est un droit nécessaire imposé par la plus élémentaire équité, et qu'on eût dû admettre même en l'absence de toute disposition légale (1). Et c'est bien, en effet, ce qui avait lieu avant 1838 lorsqu'on était encore sous l'empire du Code de commerce qui ne contenait rien d'analogue à l'article 577. Le législateur, en prenant soin d'indiquer que le vendeur *pourra* retenir, n'a nullement entendu décider que ce vendeur n'aurait d'"autre droit que de retenir ; l'article 577 est tout simplement un dé-

(1) « La rétention, conséquence de la mainmise sur la chose, s'opère par la force du droit naturel », dit Renouard, t. II, p. 371.

bris du projet du gouvernement, qui supprimait, comme on l'a vu, toute revendication des marchandises expédiées. Sous l'empire du Code de 1807, la revendication en cours de route étant admise, le droit de rétention l'était *à fortiori* ; mais le projet, en prohibant la revendication en cours de route, faisait disparaître cet *à fortiori* ; aussi crut-il bon de s'expliquer d'une façon spéciale sur le droit de rétention. La disposition relative à cet objet fut conservée dans la rédaction définitive de la loi ; et c'est ainsi qu'on se trouva en 1838, insérer dans le Code de commerce, cet article 577, qui en réalité ne change rien à l'état antérieur.

L'article 578 ne fournit pas non plus d'argument probant ; la faculté que cet article reconnaît à la masse cesserait, dit-on, d'être une véritable faculté, si la masse, pour ne pas l'avoir exercée, devait encourir une condamnation à des dommages-intérêts. Il y a là une confusion ; dans le système où l'on accorde au co-contractant des dommages-intérêts, on ne prétend pas que ce soit à raison d'une faute de la masse ; les dommages-intérêts en question sont encourus non par la masse, mais par le failli ; aussi ne fait-on pas du co-contractant un *créancier de la masse*, mais un *créancier dans la masse* n'ayant, par suite, d'autres droits que de produire au passif chirographaire.

308. — Le seul argument de la jurisprudence, qui ait une valeur véritable, est celui qu'elle tire des dispositions de l'article 576, relatives au remboursement des avances. Cette obligation imposée au revendicant, d'indemniser la faillite de tous les frais résultant de la vente, semble bien incompatible avec tout droit à des dommages-intérêts. Aussi la plupart des auteurs (1) reconnaissent-ils que le

(1) Voir notamment Thaller, p. 956.

vendeur, lorsqu'il a expédié les marchandises ne peut plus prétendre à des dommages-intérêts ; mais ils considèrent que c'est là une solution toute particulière, ne pouvant s'appliquer que dans le cas où les marchandises sont en cours de route : le législateur, qui n'a fini par admettre la revendication de l'article 576 qu'après de longues hésitations, aurait restreint autant que possible cette prérogative qu'il n'accordait qu'à regret, et aurait refusé à ceux qui en useraient, mais à ceux-là seuls, toute indemnité de résolution.

309. — Toutefois des auteurs éminents, M. Appleton (1) et MM. Lyon-Caen et Renault (2) soutiennent que l'obligation faite au revendiquant de rembourser les avances n'implique pas forcément qu'il soit déchu de tout droit à des dommages-intérêts.

En effet de toutes façons ce revendiquant devra être obligé de rendre intégralement les à-comptes. Car tout d'abord rien ne prouve qu'il subira un préjudice et que, par suite, il pourra réclamer des dommages-intérêts ; et d'autre part, même s'il peut prétendre à des dommages-intérêts, la loi des faillites s'oppose à ce qu'il puisse s'en payer par préférence sur les à-comptes reçus ; il devra donc les rembourser, sauf, s'il y a lieu, à produire ensuite au passif pour des dommages-intérêts. D'autre part, on devra l'obliger aussi au remboursement des avances faites par l'acheteur pour fret, voiture, etc. Sans doute on pourrait dire que ce sont là des frais, dont l'acheteur est forcément responsable, et qui ne doivent jamais incomber au vendeur ; mais il se peut que ces frais aient, en somme, profité au vendeur lui-même, la marchandise ayant pu

(1) *Loc. cit.*, p. 286.
(2) Lyon-Caen et Renault, t. VIII p. 139.

augmenter de valeur à raison de son transport aux lieux des débouchés (1) ; et surtout, comme il ne faut pas que le vendeur puisse se payer par préférence, il fallait l'obliger à rendre d'abord à la masse, et ne lui permettre qu'ensuite de produire à la faillite pour le montant des remboursements en question.

Or ce droit de produire à la masse n'est nullement refusé au revendiquant par l'article 576. D'après M. Appleton, les travaux préparatoires prouveraient même que le législateur a parfaitement entendu l'admettre. Le projet rédigé par de Ségur et adopté au Conseil d'État imposait (article 143) l'obligation au vendeur revendiquant de rembourser les avances, frais de transport et autres ; et l'article 144 disposait : « Le vendeur, dans le cas ci-dessus, sera compris dans la faillite et au nombre des créanciers jusqu'à concurrence des avances qu'il aura remboursées au commissionnaire et des frais légitimes qu'il aura acquittés ». Lorsqu'après toutes les luttes engagées à propos de la revendication, on se décida à ne l'admettre que pour le cas où les marchandises ne seraient pas encore entrées dans les magasins de l'acheteur, on réunit ces deux articles en un seul qui fut l'article 579 : « En cas de revendication, le revendiquant sera tenu de *rendre l'actif du failli indemne* de toute avance faite pour fret ou voiture, commissions, assurances ou autres frais et de payer les sommes dues pour les mêmes causes, si elles n'ont pas été acquittées. »

Pour M. Appleton, cette expression *rendre l'actif du failli indemne*, au lieu de la formule simple *rembourser les avances* de l'article 143, indique qu'il ne s'agit que

(1) Voir Rousseau et Defert, *Revendication*, n° 134.

de défrayer l'actif ; toute réserve faite pour le vendeur de s'inscrire d'autre part dans la faillite pour le montant de ses restitutions, en tant qu'elles représenteraient un préjudice : l'actif est bien ainsi rendu indemne, et ensuite le revendiquant produira au passif.

Le législateur de 1838 ajouta le mot à-comptes qui ne se trouvait pas dans l'article 579 et remplaça l'expression rendre l'actif indemne par « sera tenu de rembourser à la masse »; mais, en faisant ce changement de rédaction, il n'eut, en aucune manière, l'intention de modifier le régime ancien.

Ce système, quelque séduisant qu'il puisse paraître, ne repose, en somme, que sur un article du projet qui a disparu de la rédaction définitive ; c'est là une base quelque peu fragile ; aussi est-il assez difficile d'admettre le système en question, en présence des termes très clairs de l'article 576. Si le législateur, tout en obligeant le revendiquant à rembourser les avances, avait voulu lui permettre d'autre part de produire pour le montant de ces mêmes avances, il n'aurait pas manqué de le dire expressément.

Aussi persistons-nous à dire que le législateur prohibe tous dommages et intérêts, dans le cas d'une revendication en cours de route. Il est vrai que la prohibition en question ne résulte des textes que dans cette seule hypothèse ; mais quoi qu'on en puisse dire, il y a là une indication précieuse qu'il est impossible de dédaigner.

Si le législateur, envisageant spécialement la question qui nous occupe, n'avait prohibé les dommages-intérêts que dans un seul cas, on pourrait en conclure, *a contrario*, qu'il les admet dans tous les autres cas. Mais il n'en est pas ainsi : dans le chapitre du Code de commerce consa-

cré à la revendication, le législateur ne parle jamais de dommages-intérêts ; l'idée de les prohiber d'une façon expresse ne lui est pas venue. Du moment qu'il édicte néanmoins une disposition manifestement incompatible avec l'admission de tous dommages-intérêts, — comme s'il allait de soi que cette admission de dommages-intérêts dût toujours être rejetée, — on est assez naturellement amené à conclure, que telle fut bien la manière de voir du législateur. Il a pensé que la faillite par elle-même, en raison de sa nature propre, et sans qu'il fût besoin pour cela de textes spéciaux, rendait complètement impossible toute attribution au co-contractant de dommages-intérêts de résolution.

C'est précisément là notre manière de voir ; et c'est en partant de cette idée, et en laissant complètement de côté les articles 576 et suivants, que nous allons essayer de justifier le système adopté par la jurisprudence et qui nous paraît juridiquement exact.

§ 4. — Adoption du système de la jurisprudence.

310. — La faillite est une procédure d'ensemble ; son but est de sauvegarder également les droits de tous les créanciers, d'empêcher que le créancier le plus diligent et aussi le plus âpre, ne puisse, comme dans la déconfiture, se faire payer intégralement au préjudice des autres. Aussi la faillite produit-elle un double effet : d'une part sur le gage commun, d'autre part sur les droits de chaque créancier.

Pour le gage commun, on peut dire qu'elle en opère la cristallisation immédiate : ce gage jusqu'alors mobile, susceptible de fluctuations, capable de s'augmenter ou de dé-

croître, se solidifie brusquement, comme un liquide sursaturé dans lequel on projette un cristal ; il ne peut plus, du fait du failli, ni rien gagner ni rien perdre (1).

Quant aux créanciers, ils acquièrent sur ce gage un droit immédiat, plus déterminé que celui qu'ils tiraient auparavant du principe de l'article 2092 du Code civil ; mais ils ne peuvent plus agir séparément ; chacun voit son droit limité par celui des autres ; chacun ne peut plus prétendre désormais qu'à une part du gage solidifié.

D'ailleurs les créanciers forment maintenant un syndicat pour la défense de leurs intérêts communs. Ils peuvent, au lieu de procéder à la réalisation du gage, et à un partage brutal, faire fructifier l'actif, dont l'administration leur appartient ; ils peuvent, pour cela, traiter avec des tiers, traiter avec le failli lui-même par un concordat, traiter avec certains d'entre eux qu'ils feront sortir ainsi de la masse ; mais cela ne change en rien le principe, conséquence obligatoire de la cessation des poursuites individuelles : à savoir qu'à partir du jugement déclaratif chaque créancier n'a plus, vis-à-vis de ses co-créanciers, d'autre droit qu'un droit à un dividende.

311. — Du moment que ce dividende lui est garanti par son admission au passif, il ne peut plus se plaindre du sort qui lui est fait, et qui est le même pour tous. Le préjudice provenant du paiement en dividende, est un préjudice inhérent à l'état de faillite, un préjudice qui ne peut donner ouverture à une créance de dommages-intérêts.

(1) Il est vrai que le failli peut encore acquérir des biens nouveaux, auxquels ses créanciers pourront prétendre, mais cela n'infirme en rien ce que nous venons de dire sur la fixation du gage : les droits des créanciers sur ces biens nouveaux seront généralement réglés d'une façon toute différente ; c'est ce qui a lieu notamment en ce qui concerne la rémunération du travail du failli ou les bénéfices qu'il peut réaliser dans une industrie entreprise postérieurement.

Supposons par exemple un vendeur qui a fait tradition dans les magasins du failli des marchandises vendues ; il ne peut plus revendiquer, il produit donc à la faillite pour le montant de son prix. Dans ces conditions, qui est-ce qui songerait à lui accorder des dommages-intérêts à raison du préjudice qui résulte pour lui du paiement en monnaie de faillite ? Ce préjudice, tous les autres créanciers le supportent comme lui, c'est une conséquence forcée de la ruine du débiteur commun ; aucun des créanciers ne pourrait prétendre, de ce chef, à des dommages-intérêts, sans que tous les autres ne fussent immédiatement en droit d'élever la même prétention. Or, comme le fait parfaitement remarquer M. Boistel, si l'on voulait jamais reconnaître à tous les créanciers le droit de produire pour des dommages-intérêts, cela reviendrait exactement au même résultat que si on ne le permettait à personne.

Nous tenons donc pour absolument certain que le préjudice, causé par l'exécution en dividende, ne saurait donner droit à une indemnité quelconque.

312. — Ceci étant admis, plaçons-nous dans l'hypothèse qui donne naissance à notre problème ; dans l'hypothèse où la contre-partie du failli fait résilier le contrat. C'est alors que la doctrine fait le raisonnement suivant : il y a inexécution du contrat, cette inexécution qui amène la résiliation du contrat est imputable au failli, donc le co-contractant a contre le failli une créance en indemnité pour laquelle il a droit de produire au passif.

Ce raisonnement, malgré les apparences, manque absolument de solidité. Sans doute il est inattaquable lorsque, dès avant la faillite, il y a eu inexécution du contrat, résiliation prononcée par justice et condamnation du failli à des dommages-intérêts. Mais il en va tout autrement lors-

que la faillite est déclarée avant toute résiliation du contrat. Par suite de cette faillite le co-contractant n'a plus de droit qu'à un dividende ; du moment que par son admission au passif ce dividende lui est offert, il se trouve dans la situation commune ; il sera payé de la même façon que tous les autres créanciers ; vis-à-vis de ces autres créanciers il ne peut parler d'inexécution lui donnant droit à des dommages-intérêts.

Ce qui amène la confusion c'est que notre co-contractant, auquel on ne propose que son inscription au passif chirographaire, est libre de s'y refuser ; il peut demander à la place la résiliation, ce qui lui permettra, tout en se dispensant de fournir la prestation promise, d'échapper au paiement en dividende. Or puisque ce paiement en dividende, qui était pour lui comme pour tous la conséquence naturelle de la faillite, ne devait pas lui donner droit à des dommages-intérêts, comment pourrait-il en être autrement d'une résiliation qui a précisément pour cause la menace de ce paiement en dividende ? Autrement dit, le fait par le co-contractant de se soustraire à une exécution en monnaie de faillite ne saurait lui conférer, relativement aux dommages-intérêts, un droit que cette exécution en monnaie de faillite n'aurait pu lui donner.

313. — Au lieu de raisonner *in abstracto*, prenons un cas concret : supposons qu'il s'agisse d'une vente et que l'acheteur soit tombé en faillite avant d'avoir pris possession des marchandises vendues. Dans ces conditions, si les syndics se refusent à payer intégralement le prix convenu, le préjudice maximum, que le vendeur aura jamais à supporter, sera égal à la différence entre ce prix convenu et le dividende versé : les marchandises avaient été vendues 100 francs ; la faillite produit 75 0/0 ; le vendeur subira un pré-

judice de 25 francs. Or c'est là précisément le préjudice subi par tous les autres créanciers et qui ne peut donner lieu à des dommages-intérêts.

C'est d'ailleurs le préjudice maximum ; car si à raison de la baisse des cours, la résiliation doit être plus funeste au demandeur il n'a qu'à ne la point demander. Supposons, par exemple, que les marchandises ayant subi une baisse considérable ne valent plus, au moment de la faillite, que 60 francs ; en faisant résilier le marché et en gardant ses marchandises, le vendeur se trouverait en perte de 40 francs au lieu de l'être seulement de 25 francs comme il le serait en produisant à la faillite. Mais cette perte plus forte que celle subie par les autres, rien ne l'oblige à la supporter ; elle ne lui est nullement imposée ; il n'a, pour y échapper, qu'à ne point se prévaloir de son droit à la résiliation et à se soumettre à la loi commune.

Ainsi donc de deux choses l'une : ou bien la perte causée par la résiliation est plus forte que celle dérivant du paiement en dividende ; ou bien, au contraire, elle est plus faible. Dans le premier cas, le vendeur n'a qu'à ne pas demander la résiliation ; il n'a qu'à livrer et à produire. Dans le second cas, alors que la résiliation permet au vendeur de subir une perte moindre que celle infligée aux autres créanciers, il serait vraiment étrange qu'on lui donnât en outre le droit de réclamer des dommages-intérêts, auxquels les autres créanciers, plus mal traités que lui, ne sauraient prétendre. Les marchandises n'ayant subi qu'une baisse de 10 francs par exemple, il peut en les gardant limiter sa perte à cette somme, et il voudrait malgré tout se plaindre, lui, qui ne perd que 10 0/0 ! il voudrait à raison de cette perte restreinte, obtenir des dommages-intérêts qui sont refusés aux créanciers perdant 15 0/0 de

plus que lui ! La perte infligée à tous est de 25 0/0, si le vendeur, à raison de son droit de résiliation, peut échapper, pour partie, à ce préjudice tant mieux pour lui : mais il ne saurait arguer de cette circonstance pour demander en sus une indemnité.

Il est bien vrai que le droit civil (article 1184) accorde des dommages-intérêts à celle des deux parties qui ne pouvant obtenir satisfaction fait résilier le contrat. Mais si cela se justifie aisément en matière de déconfiture où chaque créancier agit isolément et à sa guise, sans avoir à s'occuper des droits des autres créanciers, il ne peut plus en être de même en cas de faillite où une procédure d'ensemble est organisée et où l'inexécution qui se ramène à un paiement en dividende, le même pour tous, est la conséquence forcée de la procédure en question.

314. — Il est bien vrai d'ailleurs que, vis-à-vis du failli lui-même, le vendeur, à qui l'on n'offre qu'un paiement en dividende, est en droit de soutenir (article 1244) qu'il y a inexécution du contrat et inexécution fautive ; il peut donc faire résilier la vente, et il acquiert en même temps une créance en dommages-intérêts contre le failli (1). Mais cette créance ne peut être opposable aux autres créanciers, donner lieu à une production au passif. C'est qu'en effet le préjudice qui lui sert de cause n'est autre, comme nous l'avons vu, que le préjudice souffert par tous ; aussi notre vendeur n'aura-t-il, en ce qui concerne sa créance de dommages-intérêts, que les droits qui appartiennent aux autres créanciers, relativement au reliquat de ce qui leur est dû ; il pourra l'invoquer après clôture de l'union, ou bien encore, s'il y a eu concordat contenant une clause en ce

(1) En ce sens : Poitiers, 7 novembre 1898, *Gaz. Pal.*, 1898.2.592.

sens, l'invoquer contre le concordataire revenu à meilleure fortune ; en tous cas le failli restera tenu de la dette corrélative de cette créance, et il ne pourra obtenir sa réhabilitation qu'après l'avoir acquittée (1). Il y a dans tout cela quelque chose d'analogue aux effets produits par la faillite sur le cours des intérêts : ces intérêts ne courent pas contre la masse — ils seraient les mêmes pour tous — mais ils ne cessent pas de courir contre le failli qui en demeure tenu (2).

315. — Il n'y aurait, croyons-nous, qu'un moyen d'échapper à toute cette argumentation ; ce serait de prétendre que tout co-contractant capable de faire résilier son contrat est par là même muni d'un privilège qui le place en dehors des règles de la faillite. Mais ce serait là une théorie quelque peu osée, et qui restreindrait singulièrement la portée des principes de notre droit sur le concours des créanciers.

Il serait assez difficile de la soutenir relativement aux contrats, qui n'ont pas eu pour effet de transférer au failli la propriété d'un bien déterminé (3). Mais même pour les contrats translatifs nous croyons que le doute n'est pas possible. Il est vrai que certains auteurs, M. Appleton entre autres (4), prétendent que le vendeur qui n'a pas livré conserve la chose vendue à titre de nantissement (5). Mais cette conception nous paraît inexacte, elle se heurte aux idées courantes et conduirait à faire une

(1) Comparez sur ce point : Cour d'Amiens, 12 août 1887, *Journal des faillites*, 1888, p. 416.

(2) V. Lyon-Caen et Renault, t. VII, p. 222, n° 271.

(3) Nous laissons de côté tout ce qui concerne le bail d'immeubles.

(4) Appleton, *loco sup. cit.*

(5) Voir *suprà*, n° 305. — Comp. L. 42, § 8, Dig., liv. XIX, t. 1, *De actione empti et venditi* qui admet dans ce cas l'existence d'un *quasi-pignus*.

obligation au vendeur, de réaliser son gage dans les formes prescrites par la loi (art. 93, C. com.).

D'ailleurs, il n'y a pas que le vendeur au comptant, qui puisse faire résoudre ; le vendeur à crédit, qui au jour de la faillite était en faute de n'avoir pas encore livré, a très certainement le même droit. Comment pourrait-on parler de gage dans ce cas, où aucun accord de volontés même tacite, n'a pu intervenir à cet égard ?

D'autre part, cette manière de voir ne saurait s'appliquer aux marchés à livrer, c'est-à-dire à l'hypothèse où notre question des dommages-intérêts offre le plus d'importance, à cause de la fluctuation des cours. En effet, il ne peut y avoir de droit de gage véritable avant que la chose ait été individualisée, une chose *in genere* ne peut faire l'objet d'un gage ; comme le fait parfaitement remarquer M. Labbé (1), il n'y a pas dans notre droit de *gage irrégulier* comme il y a un *dépôt irrégulier*.

Nous persistons donc à croire que le co-contractant, même lorsqu'il est en mesure de faire résilier son contrat, n'en reste pas moins soumis, en principe, aux règles de la faillite et à la loi du concours ; s'il use de son droit de résiliation, droit qu'il tient, nous le reconnaissons, non pas d'une faveur de la loi, mais de la nature même des choses, c'est qu'il y trouve son profit ; et il ne peut se prévaloir de la détermination libre, qu'il prend, pour prétendre à des dommages-intérêts, auxquels l'exécution en dividende ne lui aurait pas donné droit.

316. — Et nous arrivons ainsi au système de la jurisprudence ; mais, comme nous laissons de côté les arguments qu'elle entend tirer des articles 576 et suivants, nous ne sommes pas embarrassé pour étendre le système

(1) S. 1887.2.25.

en question à tous les contrats et nous ne sommes pas tenté d'en restreindre l'application au seul cas de vente faite au failli.

317. — Nous ne croyons même pas qu'il y ait lieu de s'arrêter aux objections, qu'on a soulevées contre ce système, lorsqu'il s'agit de contrats successifs : d'un marché de fournitures, d'un louage de services pour une durée déterminée, etc.

Suivant M. Boistel (1), dans des contrats de ce genre, il n'y aurait aucun rapport entre le préjudice subi par le co-contractant à raison de la résiliation, et le préjudice qui découle normalement de la faillite pour tous les autres créanciers. Ce serait, d'après M. Boistel, un motif d'accorder des dommages-intérêts de résiliation, tout au moins pour ce qui concerne les effets que le contrat devait produire dans l'avenir.

Si cette manière de voir devait être admise, il faut reconnaître que le système même du refus de tous dommages-intérêts, serait fortement compromis ; il serait mis en échec dans le cas précisément où il offre le plus d'importance : dans le cas de marchés de fournitures. Il est d'ailleurs assez piquant de rapprocher de cette opinion de M. Boistel l'opinion de Bédarride (2). Le premier de ces auteurs n'accorde de dommages-intérêts que pour des livraisons dont l'échéance n'est pas encore arrivée ; le second ne les refuse au contraire que pour ces livraisons ; et s'il ne donne pas de ce refus des raisons pleinement convaincantes, il montre du moins tous les inconvénients de la solution contraire. « Les dommages-intérêts, dit-il, ne sont et ne peuvent être que la réparation du préjudice ; quel est

(1) Note au Dalloz, D. 1894.2.1.
(2) T. III, p. 222.

celui que souffre le vendeur ou l'acheteur à terme relativement aux livraisons futures ? Quel sera le cours à l'époque où elles devront s'effectuer ? Ne peut-il pas se faire qu'au lieu d'une perte il y trouve un bénéfice ?... Le vendeur qui n'a pas livré par suite de la faillite pourra vendre, en somme, au jour de l'échéance, à un meilleur prix ; à côté des chances de pertes, il existe des chances de gain. Ce caractère aléatoire, excluant à lui seul la certitude d'un préjudice, devient un obstacle légal à toute allocation de dommages-intérêts. » Tout en ne nous prononçant pas sur la valeur de ce dernier argument, nous reconnaissons néanmoins qu'on trouve dans ce passage de sérieuses objections à opposer au système de M. Boistel : sous prétexte qu'il y a « amputation » du contrat (1) on se trouverait n'admettre les dommages-intérêts que dans le cas précisément où le co-contractant semble, *a priori*, avoir le moins de droit d'y prétendre.

Mais c'est que précisément, nous ne croyons pas que la distinction proposée par M. Boistel doive être admise. La ligne de démarcation entre les cas, où il doit y avoir ou non dommages-intérêts, n'est d'ailleurs pas dans ce système très nettement tracée ; c'est peut-être bien parce qu'elle ne pourrait pas l'être. Peu importe, en effet, que les obligations à la charge du co-contractant soient échues ou non, cela ne peut exercer aucune influence sur ses droits à l'encontre du failli. Un créancier à terme peut produire, il peut demander son inscription au passif pour tout ce qui lui est dû ou lui sera dû plus tard en une seule ou en plusieurs fois ; cela suffit pour que le raisonnement, que nous avons présenté plus haut, soit pleinement applicable, et pour que, rejetant toute distinction entre les contrats

(1) Boistel, *loc. cit.*

successifs et les autres, nous prohibions, dans tous les cas, toute indemnité de résolution ou de résiliation.

318. — Il est pourtant un créancier, qui a droit à des dommages-intérêts, et cela en vertu d'un texte formel, c'est le bailleur des immeubles affectés à l'industrie ou au commerce du failli. Et non seulement ce bailleur a droit à des dommages-intérêts, mais même il peut s'en faire payer par privilège sur les meubles garnissant les lieux loués ; ainsi le décide expressément le nouvel article 550 du Code de commerce (loi du 12 février 1872).

Cette disposition, en ce qui concerne le privilège, est unanimement critiquée ; tout le monde reconnaît (1) qu'il y a quelqu'exagération à donner privilège pour des dommages-intérêts. Mais cet article, qui accorde spécialement une indemnité de résiliation au bailleur, ne fournit-il pas un argument très fort contre la théorie que nous admettons ? ne constitue-t-il pas, dans cette théorie, une exception tout à fait inexplicable ? Nous ne le croyons pas.

C'est d'abord un procédé d'interprétation assez dangereux que celui qui consiste, pour dégager les solutions générales du Code de 1807, à invoquer les dispositions toutes spéciales données pour un cas particulier par le législateur de 1872. Ce n'est pas parce que le législateur de 1872 reconnaît au bailleur un droit à des dommages-intérêts qu'on peut être en droit de conclure que le législateur de 1807 a consacré d'une façon générale les dommages-intérêts de résolution. La vérité c'est qu'en 1872 on ne s'est nullement proposé de remonter au principe du droit commun des faillites ; on a simplement voulu amoindrir les prérogatives excessives reconnues au bailleur par la ju-

(1) Voir M. Appleton, *loc. cit.*, et M. Thaller, article aux *Ann. de dr. comm.*, 1896, p. 289.

risprudence ; et c'est uniquement ce qu'on fait, quoique d'une façon un peu timide.

Le bailleur d'immeubles a toujours joui des faveurs de la loi ; on a toujours considéré, pour des raisons qu'il n'est pas très facile de dégager, que le bailleur devait autant que possible échapper aux conséquences de la faillite. Mais avant la loi de 1872, le système adopté par la jurisprudence non seulement permettait au bailleur d'éviter toute perte, mais même le plus souvent, lui assurait un enrichissement véritable ; non seulement le bailleur échappait à la loi du concours, mais même, au préjudice de tous les autres créanciers, il obtenait une capitalisation immédiate des revenus de son immeuble. C'est cet enrichissement injuste, entraînant le plus souvent l'absorption de toute la masse active, que le législateur de 1872 a voulu empêcher. Mais tout en retirant au bailleur les droits exorbitants qu'on lui avait reconnus, tout en s'opposant à ce qu'il pût trouver dans la faillite des causes de gain, le législateur de 1872 n'a pas voulu pour cela soumettre le bailleur à la loi d'égalité ; il a entendu continuer à le protéger contre les atteintes de la faillite et le soustraire, autant que possible, à toutes chances de perte. Dorénavant, la faillite ne doit plus enrichir le bailleur, mais elle ne doit pas non plus l'induire en perte.

De là, la conception nouvelle : si malgré la faillite, les sûretés garantissant le paiement régulier des loyers sont maintenues, le bailleur ne peut plus exiger de paiement intégral et anticipé, car il ne faut pas qu'il bénéficie de l'état de faillite ; si au contraire, les sûretés sont enlevées, alors il y aura résiliation ; mais comme il ne faut pas que le bailleur ait à subir une perte, il pourra se faire indemniser *par privilège* de tout le préjudice causé. La créance

de dommages-intérêts qu'on lui accorde, ainsi que le privilège garantissant cette créance, sont des manifestations nouvelles de la faveur qu'on n'a jamais cessé d'accorder au propriétaire.

Le propriétaire reste un créancier à part, jouissant d'une situation bien différente de celle qui est faite aux autres créanciers. Si ces autres créanciers ne peuvent prétendre à des dommages-intérêts, c'est précisément parce qu'ils sont soumis à la loi du concours, parce que le préjudice dont ils souffrent est le même pour chacun d'eux, et résulte, d'une façon nécessaire, de l'état de faillite qui réduit leurs droits à un simple dividende ; tandis que pour le bailleur la loi elle-même en a disposé autrement ; elle a voulu le mettre en quelque sorte en dehors de la faillite, et c'est ainsi qu'elle lui a permis de se faire indemniser par privilège.

Cette situation toute exceptionnelle qui est faite au bailleur ne peut donc fournir aucun élément de solution quant à la question générale des dommages-intérêts de résolution et l'on est mal venu à invoquer la loi de 1872 pour attaquer le système que nous défendons.

Nous persistons donc à poser le principe général suivant, qui est la conclusion à laquelle nous arrivons : en dehors du bailleur, qui se trouve jouir dans notre droit de faveurs spéciales, la contre-partie lorsqu'elle fait résoudre ou résilier le contrat n'a jamais le droit de produire à la masse pour une indemnité de résolution ou de résiliation.

319. — Mais dans tout ce qui précède, nous n'avons jamais envisagé que les contrats dont la faillite ne produit pas la résiliation *ipso jure*. — Pour les contrats qui sont immédiatement rompus par la survenance de la faillite, il ne saurait se présenter de difficultés graves (1).

(1) V. un arrêt d'Amiens du 21 mars 1891 relatif à la rupture du contrat de

Dans la plupart de ces contrats une créance de dommages-intérêts ne saurait guère se concevoir, et si notre argumentation précédente ne peut toujours s'appliquer d'une façon complète, du moins peut-on dire avec M. Pic (1) : « Dans les contrats faits *cum intuitu personæ* résolus de plein droit par l'effet de la faillite ou de la liquidation judiciaire, l'éventualité de cette cause d'extinction susceptible de survenir inopinément, à un moment quelconque de l'exécution du contrat, doit entrer dans les prévisions des parties. »

320. — Enfin le contrat de louage de services conclu sans détermination de durée mérite une place à part.

Dans un tel contrat chaque partie peut, en principe, donner congé à l'autre, quand bon lui semble (art. 1780 C. civ.) ; cela est imposé par la nature même du contrat qui étant fait sans détermination de durée ne peut cependant lier indéfiniment les parties. La partie, qui donne congé à l'autre, ne fait qu'user d'un droit qui lui appartient ; la seule obligation qui puisse lui être faite est celle de respecter, conformément aux usages, les délais accoutumés entre le congé et la sortie.

Dans ces conditions, en pure théorie, il ne devrait pouvoir être question de dommages-intérêts. Mais des raisons économiques, et le désir de protéger l'ouvrier contre l'arbitraire du patron ont déterminé le législateur à compléter l'article 1780 du Code civil (loi du 27 décembre 1890). En vertu des nouvelles dispositions de cet article « la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des co-contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts ». Mais

commission par la mise en liquidation judiciaire du commettant. D. 1892.2.3 avec une note de M. Pic.

(1) Note au Dalloz, 1892.2.3.

quand devra-t-il en être ainsi ? La loi a complètement négligé de s'expliquer sur ce point. De là de grandes incertitudes. Nous ne pouvons entrer dans une étude détaillée des divers systèmes auxquels la loi de 1890 a donné naissance (1). Il nous semble seulement inadmissible de déclarer, comme certains auteurs (2), que le législateur a fait (et peut-être même sciemment) une œuvre absolument vaine et que la loi de 1890 ne doit avoir aucun effet.

Malgré toutes les obscurités des diverses discussions, qui ont eu lieu à la Chambre et au Sénat, l'intention du législateur apparaît bien certaine : ce qu'il a voulu c'est protéger l'employé contre les abus que l'employeur pourrait faire de son droit de congédiement. Sans doute il peut y avoir de graves difficultés pour déterminer d'une façon générale ce qui caractérise l'abus du droit de congédiement; mais lorsque dans une hypothèse particulière il n'y a certainement de la part du patron aucune mauvaise foi, lorsqu'en congédiant son ouvrier il n'a certainement eu aucune intention vexatoire, aucun désir de causer à cet ouvrier un préjudice immérité, le doute n'est plus possible : les dommages-intérêts ne sauraient se comprendre (3).

(1) Voir pour ces différents systèmes, Sauzet, *Annales de droit commercial*, 1891, p. 103 ; Planiol, note au *Dalloz*, D. 1893.2.377 ; Ferrand, *Thèse* de 1898. Comparez à propos de cette question les interprétations de l'article 1382 du Code civil : M. Pic, *Annales de droit commercial*, 1893, p. 437 ; Mongin, *Revue critique*, 1893, p. 356 ; Charmon, *Revue critique*, 1895, p. 609. Comp. également Saleilles, *Essai d'une théorie des obligations en droit allemand*, p. 337 et suiv.

(2) Voir notamment Ferrand, *loc. cit.*

(3) Il est vrai que l'employeur doit toujours observer les délais d'usage et que le renvoi brusque, en dehors du cas où il y aurait eu faute grave de l'employé, doit être en général considéré comme constituant à lui seul un abus du droit de congédiement ; mais nous ne pensons pas qu'en matière de faillite il en puisse être ainsi. La faillite, tout au moins lorsqu'elle arrête subitement l'exploitation commerciale, légitime le brusque renvoi, permet d'user dans toute sa rigueur du droit de rupture *ad nutum*,

Or c'est précisément ce qui a lieu lorsque l'état de faillite rend nécessaire le renvoi de l'ouvrier ; ce renvoi s'explique d'une façon très naturelle, il ne constitue pas un abus du droit de congédiement (1).

§ 5. — Champ d'application du système adopté.

321. — Nous refusons, en matière de faillite, tous dommages-intérêts au co-contractant qui fait résilier son contrat; mais il importe de préciser. Nous avons supposé que c'est la faillite elle-même qui est la cause de la résiliation du contrat : le terme n'étant pas encore arrivé au jour du jugement déclaratif, on ne pouvait pas dire qu'avant la faillite, il y eût déjà inexécution susceptible de donner lieu à une résiliation ; seulement, après le jugement déclaratif, les syndics mis en demeure d'exécuter le contrat, conformément à ses clauses et teneur, ont refusé de le faire, et c'est alors à la suite de ce refus que le co-contractant a demandé la résiliation. C'est ce cas que nous avons envisagé jusqu'ici, et c'est en nous plaçant dans cette hypothèse que nous avons cherché à établir notre système ; c'était là, par excellence, son terrain d'application. Mais ce n'est pas là le seul cas possible ; on peut supposer relativement à la résiliation du contrat trois autres situations :

sans qu'il y ait à s'occuper des usages relatifs aux délais. C'est là ce qu'admettent généralement les tribunaux ; voir la note suivante.

(1) Voir dans le sens du refus de dommages-intérêts pour brusque congédiement : trib. com. de Marseille, 17 avril 1885, *Rec. Marseille*, 1885.274 ; trib. com. de Marseille, 6 septembre 1886, *Rec. Marseille*, 1886.1.270 ; trib. com. de Marseille, 20 novembre 1887, *Rec. Marseille*, 1888.1.76 ; trib. com. de la Seine, 28 mars 1890, *Gaz. Pal.*, 1890.1.640.

En sens inverse : trib. civ. de la Seine, 18 avril 1889, *Gaz. Pal.*, 1889.1. 729 ; trib. com. du Havre 8 juin 1893, *Rec. Havre*, 1893.1.218 ; Comp. : trib. com. de Nantes, 2 juillet 1898, *Gaz. Pal.*, 1898.2.331.

I. — Le contrat ayant été inexécuté, la résiliation a été demandée et obtenue par le co-contractant avant le jugement déclaratif ; il a obtenu condamnation à des dommages-intérêts, qui lui sont encore dus au moment où la faillite éclate.

II. — Le co-contractant avait, avant le jugement déclaratif, demandé la résiliation, et conclu à une indemnité ; mais au jour de la faillite il n'a pas encore été obtenu de jugement prononçant cette résiliation et lui accordant des dommages-intérêts.

III. — Dès avant le jugement déclaratif, il y avait déjà inexécution du contrat ; le co-contractant aurait pu demander la résiliation, mais il ne l'a pas fait ; et c'est seulement après la déclaration de faillite qu'il introduit sa demande.

322. — La 1re hypothèse ne peut donner lieu à aucune difficulté ; le co-contractant a, dès avant la faillite, une créance définitivement acquise, il pourra donc produire à la faillite pour le montant des dommages-intérêts, qui lui ont été alloués par le tribunal.

323. — Dans la seconde hypothèse, il nous semble bien que la solution à donner doive être la même. C'est un principe certain de notre droit que les plaideurs ne doivent pas souffrir des lenteurs de la justice, ni de la résistance prolongée de celui d'entre eux qui succombe : le demandeur doit toujours être traité comme s'il avait eu gain de cause le jour même de l'introduction de sa demande (1). Dès lors, peu importe que le jugement prononçant à son profit la résiliation n'intervienne qu'au cours de la faillite, et que le montant des dommages-intérêts auxquels

(1) V. Garsonnet, *Traité de procédure*, t. III, p. 217.

il peut prétendre ne soit fixé qu'à cette époque ; ses droits à la résiliation et à l'indemnité sont antérieurs à la faillite, et par suite cette indemnité qu'il réclame, n'a pas pour cause un préjudice inhérent à l'état de failli, un préjudice que tous les créanciers doivent souffrir et dont aucun d'eux ne doit pouvoir se faire indemniser au détriment des autres (1).

324. — Mais la difficulté est beaucoup plus grave, lorsqu'on se trouve dans la troisième hypothèse que nous avons indiquée. On pourrait être tenté de dire que là encore le droit à la résiliation et à l'indemnité de résiliation ont pris naissance avant la faillite, au jour même où il y a eu inexécution du contrat ; dès lors, il n'y aurait pas à s'occuper de l'époque à laquelle la demande a été introduite en justice et l'on devrait autoriser le co-contractant à produire pour des dommages-intérêts.

Mais nous ne pensons pas que cette solution soit exacte. C'est qu'en effet la *lex commissoria* tacite ne produit pas ses effets de plein droit, par cela seul qu'il y a eu inexécution à l'échéance ou même mise en demeure restée sans résultat. La partie qui n'obtient pas satisfaction, conserve le droit d'employer les voies d'exécution ordinaires ; et tant qu'elle n'a pas, par une demande en justice, manifesté d'une façon irrévocable son intention de faire résilier le contrat, on peut supposer qu'elle poursuivra l'exécution et on ne peut lui reconnaître encore aucun droit acquis à cette résiliation et aux dommages-intérêts qui devaient en résulter (2). Que dans ces conditions la faillite survienne, les

(1) V. en ce sens : Cour de Nancy, 10 novembre 1897, *Gaz. Pal.*, 1897.2. 684 et Cour de Paris, 14 février 1898, *Gaz. Pal.*, 1898.1.331 ; trib. comm. St-Etienne, 22 décembre 1897, *Moniteur de Lyon*, 16 juillet 1898.

(2) D'ailleurs abstraction faite des raisons tirées de la nature même de la *lex commissoria*, on peut dire qu'il est très douteux qu'on puisse con-

droits de notre co-contractant se trouvent modifiés ; il ne peut plus prétendre maintenant qu'à une part de l'actif et du moment qu'il est admis au passif chirographaire, il se trouve obtenir une exécution analogue à celle qui est offerte à tous les autres créanciers. Qu'il refuse cette exécution et lui préfère la résiliation de son contrat rien de mieux, mais maintenant qu'il se trouve en présence de la masse et que cette masse lui offre ce qui est offert à tout le monde, il ne peut plus demander de dommages-intérêts. Il n'en saurait en effet réclamer à raison du préjudice causé par l'exécution en dividende, puisque ce préjudice est la conséquence de l'état de faillite et est le même pour tous ; il ne peut en demander davantage à raison de la résiliation, qu'il choisit librement et précisément parce qu'elle lui paraît préférable.

325. — Toutefois si on laisse de côté le système de M. le conseiller Marignan adopté par la Cour de cassation (1),

sidérer comme créance antérieure à la faillite une créance qui, bien que se rattachant à un fait antérieur au jugement déclaratif, n'a cependant donné lieu à une demande en justice, et n'a été consacrée par décision de justice qu'à une époque postérieure. La Cour de cassation, tout au moins, a plusieurs fois décidé le contraire à propos de la détermination des créances, auxquelles le concordat doit être opposable. Les arguments, qui ont entraîné la conviction de la Cour et qu'on trouve exposés dans un rapport de M. le conseiller Marignan lors du dernier arrêt intervenu, ne sont peut-être pas irréfutables, mais il est intéressant de constater que, sur une question analogue à la nôtre, la jurisprudence de la Cour de cassation semble se fixer en ce sens : que c'est à la date de l'introduction de la demande qu'il convient de se reporter pour décider du sort de la créance, surtout lorsqu'il s'agit d'une créance de dommages-intérêts. Voir en ce sens : *Req.*, 19 janvier 1898 (et le Rapport de M. Marignan), *Gaz. Pal.*, 1898.1.424. V. également : *Cassation*, 6 juillet 1857 (S. 1859.1.704, D. 1857.1.440).

La Cour d'appel de Paris ne s'est point ralliée à cette théorie. V. Paris, 15 mars 1898, *Gaz. Pal.*, 1898.2.107.

Comp. également : Cass., 26 octobre 1896, *Gaz. Pal.*, 1897.1.70 et Lyon-Caen et Renault, t. VII, p. 516.

(1) V. la note précédente.

on devra donner une solution différente pour le cas où il y a eu résolution pour défaut de retirement à l'échéance. En effet, dans cette hypothèse la résolution a eu lieu de plein droit à une époque antérieure à la faillite et la créance de dommages-intérêts a pris immédiatement naissance. Il ne s'agit plus là de résiliation se produisant à l'encontre de la masse, ayant pour résultat de faire sortir de cette masse un créancier, qui en faisait déjà partie et qui, soumis comme tel au sort commun, ne pouvait prétendre à des dommages-intérêts pour le préjudice restreint que la résiliation pouvait lui causer. Nous reconnaîtrons donc au vendeur d'effets mobiliers le droit de produire à la faillite pour des dommages-intérêts lorsque la vente a été résolue de plein droit antérieurement à la faillite pour défaut de retirement (1). C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcée la Cour de Douai dans un arrêt du 25 mai 1892 (2).

326. — Nous pourrions nous résumer en disant : que les dommages-intérêts seront refusés toutes les fois que la résiliation sera prononcée à l'encontre de la masse ; en ayant soin toutefois d'ajouter immédiatement comme correctif, que le jugement de résiliation, conformément aux principes généraux, doit toujours être réputé avoir été prononcé le jour même de la demande.

327. — Il ne nous reste plus qu'à examiner si le champ d'application de notre système contraire à l'admission des

(1) Il est bien entendu que dans ce cas, comme dans tous les autres, le co-contractant n'a droit au paiement des dommages-intérêts qu'en monnaie de faillite. Si le vendeur, sous prétexte de résolution de plein droit, avait obtenu de son acheteur, et postérieurement à la cessation de paiements, le paiement de la différence des cours, il pourrait être obligé au rapport de cette somme. Comp. sur ce point, tribunal de commerce de Marseille, 19 mai 1896, *Journal des faillites*, 1896, p. 442.

(2) *Journal des faillites*, 1892, p. 478.

dommages-intérêts, peut être restreint par convention. Autrement dit, nous avons à nous demander si les parties peuvent valablement convenir, qu'en cas de faillite de l'une d'elles, l'autre aura le droit de produire pour des dommages-intérêts de résolution ou de résiliation.

Les clauses de ce genre sont assez fréquentes dans les ventes de denrées ; le règlement de la place de Paris va même jusqu'à les sous-entendre d'une façon générale dans certains marchés, notamment dans les ventes de sucre, d'alcool, de blé et de farine, 12 marques. Nous retrouvons ici la clause dite *des marchés de Paris* (1), en vertu de laquelle la contrepartie du failli aura droit à des dommages-intérêts fixés d'après « le cours moyen des prix pratiqués le lendemain du jour où la suspension des paiements a été annoncée ».

Quelle valeur doit-on reconnaître à une semblable clause ?

Etant donnée notre manière de voir, relativement aux dommages-intérêts de résolution, cette question ne saurait soulever de grandes difficultés. Le co-contractant, suivant nous, reste soumis à la grande loi de l'égalité ; il n'a pas le droit de se faire indemniser, au détriment des autres créanciers, d'un préjudice qui ne peut être pour lui plus considérable que pour les autres et qui n'est jamais que la conséquence forcée de l'état de faillite.

Cette solution relative aux dommages-intérêts nous étant imposée par les règles fondamentales de la faillite, la convention doit être impuissante à lui porter atteinte ; le co-contractant est incapable de se réserver, par une clause de son contrat, une situation privilégiée, un droit à des dom-

(1) Voir *suprà*, n° 139.

mages-intérêts, qui est incompatible avec l'état de faillite (1).

328. — La clause qui nous occupe est donc inopposable à la masse ; elle n'aura d'autre effet que de fixer le montant des dommages-intérêts, auxquels le co-contractant pourra prétendre ultérieurement à l'encontre, non plus de la masse, mais du failli personnellement.

Après la clôture de l'union, tous les créanciers reprenant leur droit aux poursuites individuelles, le co-contractant pourra agir pour les dommages-intérêts ainsi déterminés. Il en sera de même en cas de concordat contenant une clause de retour à meilleure fortune, si le concordataire vient à acquérir de nouveaux biens en quantité suffisamment considérable. Enfin dans tous les cas le failli ne pourra obtenir sa réhabilitation, qu'en acquittant cette dette de dommages-intérêts, dont il demeure tenu.

329. — D'une façon générale la jurisprudence consacre la solution précédente, en ce qui concerne la clause des marchés de Paris ; elle la déclare inopposable à la masse. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de Douai le 29 mai 1893 (2) en confirmant un jugement du tribunal de Dunkerque. Cet arrêt fit l'objet d'un pourvoi qui fut rejeté par la Chambre des requêtes le 10 avril 1895 (3). Le tribunal de commerce de Marseille par un jugement du

(1) Remarquons toutefois que dans les cas où, conformément à ce qui précède, les dommages-intérêts sont admis, notamment lorsqu'ils ont été demandés en justice avant le jugement déclaratif de faillite, ou encore lorsqu'il y a eu dès avant la faillite résolution pour défaut de retirement, la clause en question servira à déterminer le montant des dommages-intérêts pour lesquels le co-contractant pourra produire au passif chirographaire.

(2) *Journal des faillites*, 1893, p. 407.

(3) D. 1895.1.481 avec une note de M. Guénée, *Journal des tribunaux de commerce*, 1895, p. 699 ; *Journal des faillites*, 1895, p. 481.

25 juillet 1895 (1) admit la même solution. Enfin cet inopposabilité à la masse de la clause des marchés de Paris vient encore d'être consacrée par un arrêt de la Cour de Poitiers du 7 novembre 1898 (2).

Il est toutefois intéressant de noter que la jurisprudence belge se prononce en sens contraire (3), c'est là un corollaire nécessaire de la solution qu'elle donne à la question des dommages-intérêts, solution qui est, comme nous l'avons dit plus haut, opposée à celle de notre jurisprudence.

§ 6. — Valeur en législation du système adopté.

330. — Le législateur de 1838, pas plus que celui de 1807, ne s'est occupé de notre question des dommages-intérêts ; nous avons indiqué comment il convenait d'interpréter ce silence si malencontreusement gardé par le Code de commerce ; nous avons indiqué quelle solution dérivait, suivant nous, des règles fondamentales de la faillite ; il nous reste à apprécier en législation la valeur du système auquel nous avons cru devoir nous rallier. Autrement dit, est-il bon que le co-contractant qui fait résilier son contrat ne puisse obtenir de dommages-intérêts ? n'aurait-il pas mieux valu, au contraire, lui accorder expressément le droit de produire à la faillite pour une indemnité de résiliation.

(1) *Journal des faillites*, 1897, p. 42.

(2) *Gazette du Palais*, numéro du 2 décembre 1898.

(3) Voir notamment :

Cour supérieure de justice du Luxembourg du 18 mars 1892 et Cour de Luxembourg du 4 août 1893, D. 1896.2.49 (note de M. Pic) et *Journal des faillites*, 1894, p. 494.

Sans doute c'est le grand principe d'égalité entre tous les créanciers, qui nous a conduit à refuser au co-contractant tous droits à des dommages-intérêts ; mais on peut se demander, si le législateur n'aurait pas dû rompre cette égalité au profit du co-contractant qui n'a pas encore exécuté.

Il est vrai qu'une pareille faveur ne se comprendrait guère, lorsque c'est par hasard ou par suite d'une faute de sa part que le co-contractant se trouve, en fait, n'avoir pas encore exécuté ; mais ne peut-on pas dire qu'il en est autrement lorsque le co-contractant avait eu la prudence d'exiger par son contrat une exécution *Zug um Zug* ; lorsque, par exemple, il avait vendu au comptant, argent sur balle. Dans ce cas le co-contractant s'étant, en somme, réservé une sorte de garantie, le législateur n'avait-il pas à en tenir compte ? ne devait-il pas le dispenser d'avoir à subir toutes les conséquences de la faillite.

331. — C'est là un problème très délicat, et nous devons reconnaître que plusieurs législations étrangères lui ont donné une solution formelle, qui se trouve en opposition avec le système que nous avons défendu.

C'est ainsi que la loi anglaise des faillites du 25 août 1883 (1) porte : « La Cour peut, à la requête de toute personne qui invoque le bénéfice d'un contrat conclu avec le failli et l'assujettissant en retour à des charges, ordonner la rescision du contrat, moyennant une condition telle que le *paiement à la partie lésée de dommages-intérêts* pour non-accomplissement de la convention, et ces dommages-intérêts seront l'objet d'une production à la faillite. »

On trouve des dispositions analogues dans la loi alle-

(1) *Bankruptcy act Victoria*, art. 55, § 5.

mande des faillites (1) et dans le code autrichien du 25 décembre 1868 (2). Il en est de même encore dans les législations scandinaves (3).

332. — Etant donnée la solution, adoptée par ces différentes législations étrangères relativement à la question des dommages-intérêts, on peut être amené à douter de la valeur du système que notre jurisprudence tend à consacrer. Mais dans ce conflit qui s'élève entre l'une des parties contractantes et la masse des créanciers de l'autre partie, nos juges consulaires se sont prononcés en faveur de la masse. Mêlés eux-mêmes au mouvement des affaires, ils connaissent à merveille les besoins de la pratique commerciale, ils savent apprécier dans quel sens elle demande à la loi de s'orienter. Si, dans ces conditions, et sans se préoccuper autrement des conceptions théoriques, ils ont cru devoir refuser au co-contractant tous dommages-intérêts contre la faillite, c'est donc qu'il y avait là une solution vraiment en harmonie avec les exigences de la vie commerciale, une solution qui méritait bien, en définitive, d'être consacrée.

Les arguments invoqués par la jurisprudence à l'appui de son système, ne sont peut-être pas toujours à l'abri de toute critique ; mais ce système a pour lui les hommes de pratique ; il est conforme aux sentiments intimes de ceux qui sont chaque jour exposés à subir eux-mêmes, comme créanciers, les lois rigides de la faillite. C'en est assez pour que ce système acquière par là même toutes nos sympathies, et pour que nous déclarions maintenant : que non

(1) Art. 18.
(2) Art. 22 et 23.
(3) V. un article de M. Beauchet au *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1885, p. 68.

seulement il résulte, comme nous l'avons vu, des principes juridiques actuellement en vigueur, mais que, même en législation, il devrait se recommander encore au législateur qui ne pourrait mieux faire que de le sanctionner d'une façon expresse.

CONCLUSION

Il y a quelque cinquante ans, il n'était presque aucun commentateur de nos lois civiles ou commerciales qui ne se crût obligé de chanter les louanges de notre législateur ; on ne se permettait guère alors que des critiques de détail et il eût paru très audacieux de proposer des réformes importantes pouvant atteindre les principes fondamentaux de notre droit.

Actuellement, il en va tout autrement ; et non seulement on s'est départi du respect exagéré, qu'on portait jadis à nos codes, mais encore, on en est arrivé à s'imaginer que des réformes sont partout nécessaires, et l'on est assez porté à croire que toute étude juridique doit forcément conclure à la nécessité d'apporter de profondes modifications à la législation en vigueur.

En dépit de cette tendance actuelle, ce n'est pas à une conclusion de ce genre que nous arriverons. Tout au contraire, nous n'hésitons pas à déclarer que le système que nous avons exposé et qui se dégage, suivant nous, du texte de nos codes et des principes généraux du droit, se présente dans son ensemble comme un système des plus rationnels et des plus équitables.

Pour les contrats qui ne peuvent être *entretenus* après la faillite, quoi de plus naturel et de plus juste que de les déclarer résiliés *ipso jure?* Pour les autres contrats, au

contraire, y avait-il une solution meilleure, que de laisser à la contre-partie du failli le droit de les faire résilier, lorsque la masse ne veut point les prendre à sa charge ? — Enfin, dans les contrats translatifs de propriété, peut-on trouver mauvais qu'on enlève au co-contractant un droit de résolution, dont la masse aurait eu trop à souffrir.

En somme on peut dire que notre législateur a réglé d'une façon très heureuse le conflit aigu qui existe forcément entre le co-contractant et la masse des autres créanciers. Sans doute ce co-contractant ne jouit pas toujours de toutes les prérogatives que le droit commun lui aurait accordées : il perd parfois son droit de résolution, il perd toujours son droit à des dommages-intérêts ; mais il n'y a rien là dont il puisse se plaindre. Il subit, au même titre que tous ceux qui n'ont point exigé de garanties spéciales, les conséquences funestes de la faillite de son débiteur ; et le pis qui puisse jamais lui arriver, c'est de ne recevoir, conformément au droit commun des faillites, qu'un simple paiement en dividende.

Ce n'est pas à dire néanmoins que, sur certains points de détail, le système de la loi ne puisse mériter quelques critiques ; nous ne faisons certes aucune difficulté de le reconnaître.

On peut regretter notamment que le législateur ait maintenu pour le co-contractant qui veut faire résoudre son contrat, l'obligation de s'adresser à la justice. Cette intervention de la justice se comprend en matière civile, où l'on voulait que des délais pussent être accordés au débiteur malheureux ; mais elle n'a plus sa raison d'être en matière commerciale, lorsque le débiteur est en faillite. Il aurait mieux valu adopter — dans le droit des faillites tout au moins — un système analogue au système allemand

ou au système suisse (1) : donner au co-contractant, qui n'obtient pas satisfaction, le droit de résilier lui-même son contrat par une simple manifestation unilatérale de volonté.

Il ne serait point nécessaire pour cela de toucher aux règles de notre droit civil : on pourrait, tout en n'admettant pas en droit commun le système de la résiliation par manifestation unilatérale de volonté et en maintenant en principe les dispositions de l'article 1184, inscrire du moins dans le Code de commerce une disposition spéciale à la faillite et édictant pour ce cas des règles semblables à celles de l'article 17 de la loi allemande.

D'après cet article, le syndic a bien la faculté, pourvu qu'il exécute au nom de la masse le contrat antérieur, d'exiger de l'autre partie qu'elle s'exécute à son tour ; mais il doit pour cela, dès qu'il est mis en demeure, déclarer sans délai son intention de se prévaloir du contrat ; s'il ne le fait point, la masse est par là même déchue du droit d'obliger le co-contractant à l'exécution.

Nous avons vu (2) que ce n'est point là la solution française ; qu'en principe le contrat subsiste tant qu'il n'a pas été résilié judiciairement, et que c'est cette résiliation seule, qui peut retirer à la masse le droit de se prévaloir du contrat en question.

Le système allemand, en supprimant la nécessité d'une instance judiciaire, dont le moindre inconvénient est en tous cas d'entraîner des frais inutiles, apparaît comme un système bien supérieur au nôtre ; aussi croyons-nous qu'il y aurait lieu de le faire passer dans notre code. Au reste

(1) V. article 327 du Code civil allemand et article 122 du Code fédéral suisse des obligations. Comp. *suprà*, n° 106.

(2) V. *suprà*, n° 110.

ce serait une réforme des plus faciles à accomplir, elle est déjà préparée par notre pratique commerciale, et restreinte à la matière des faillites ne nécessitant aucune modification des principes généraux de notre droit, elle ne pourrait soulever aucune protestation.

Et cette réforme, nous le reconnaissons encore, n'est pas la seule qu'on puisse désirer. Nous avons en effet, dans le courant de cette étude, signalé certaines lacunes, qu'il serait bon de combler, certaines imperfections qu'il serait bon de corriger. C'est ainsi par exemple que, nos lois actuelles ne prévoyant pas la faillite d'une société qui a émis des obligations à primes ou à lots, il serait utile d'introduire des dispositions nouvelles à cet égard, et de déterminer exactement les droits des obligataires dans une faillite de ce genre. C'est ainsi encore qu'il y aurait lieu d'empêcher dans les ventes d'immeubles que le droit de résolution pût jamais survivre au privilège (1). Et l'on pourrait citer d'autres exemples, reproduire des critiques déjà faites, rappeler des modifications que nous avons déjà proposées.

Mais toutes ces imperfections de détail, dont il est légitime de désirer la disparition, n'empêchent pas que notre législation actuelle sur les contrats antérieurs à la faillite ne soit dans son ensemble une législation sinon parfaite du moins très satisfaisante.

Les solutions qu'elle impose (tout au moins d'après l'interprétation que nous en avons donnée et qui est en général conforme à celle de la jurisprudence) ne rencontrent dans le monde des affaires aucune opposition sérieuse ; tout

(1) V. *suprà*, n° 248. Rappelons d'ailleurs que, d'après la théorie de M. Thaller exposée plus haut n° 251, cette éventualité ne pourrait jamais se produire même dans notre droit actuel.

au contraire, elles sont parfaitement accueillies des milieux commerciaux. C'en est assez pour qu'il faille se montrer, sinon de parti pris hostile à toute réforme, du moins extrêmement prudent lorsqu'il s'agit de modifier la législation en vigueur à laquelle tout le monde est habitué. Il serait extrêmement dangereux, croyons-nous, de vouloir y apporter des modifications plus importantes que celles que nous avons indiquées, de vouloir notamment, sous l'influence d'idées théoriques, y introduire de vive force des dispositions empruntées à des législations étrangères et qui, sans doute, ne nous semblent préférables que parce que nous n'avons pas eu à en subir nous-même les inconvénients.

Vu :

Le Président de la thèse,

Paris, 6 janvier 1900.

CH. LYON-CAEN.

Vu :

Le Doyen,

GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE ANALYTIQUE

INTRODUCTION

Numéros — Pages

1-2. Objet de cette étude et textes relatifs à la matière 1
3. Détermination du sens qui sera attribué aux termes *résiliation* et *résolution* 5
4. Plan général 6
5. Question préjudicielle : de la faillite de fait 8
6. Observation générale relative à la liquidation judiciaiae. 10

PREMIÈRE PARTIE

CONTRATS EN DEHORS DES ATTEINTES DE LA FAILLITE.

7. Plan de cette partie. 11

§ I. — *Comment la faillite peut-elle porter atteinte à la vie du contrat ?*

8. C'est par une conséquence de l'article 1184 du Code civil. . . . 11
9. Des différentes façons dont la faillite peut influer sur l'exécution du contrat 13

§ II. — *Conclusion de cette première partie.*

10. Indication des différentes catégories de contrats restant forcément en dehors des atteintes de la faillite 15

DEUXIÈME PARTIE

DE LA RÉSILIATION DE PLEIN DROIT.

CHAPITRE PREMIER. — **Principes généraux**

11. 1re Condition pour qu'il y ait résiliation de plein droit : les obligations à la charge du failli doivent être telles qu'elles ne puissent être exécutées que par lui 17

12. 2e Condition. — Il faut que ces obligations intéressent le patrimoine 20
13. Cas où c'est cette 2e condition qui fait défaut. 21
14. Dans certains cas la résiliation peut s'expliquer par une présomption de volonté. 22
15. Conclusion de ce chapitre. 24

CHAPITRE II. — Principaux cas de résiliation de plein droit.

§ I. — *Société.*

16. Raisons qui devaient faire admettre la rupture immédiate . . . 26
17. Précédents dans l'ancien droit 27
18. Etude de l'article 1865 du Code civil 27
19. L'article ne s'applique qu'aux sociétés de personnes, non aux sociétés de capitaux 28
20. Les parties peuvent convenir que la faillite n'amènera pas la dissolution de la société. 29
21. Appréciation au point de vue législatif. 30
22. Solutions de quelques législations étrangères. 31

§ II. — *Mandat. — Commission.*

I. — Mandat.

23. Distinction à faire entre le cas où c'est le mandataire et le cas où c'est le mandant qui tombe en faillite 32

A. — C'est le mandataire qui tombe en faillite.

24. Raisons qui devaient dans ce cas faire admettre la résiliation immédiate. — Application de l'article 2003 du Code civil. . . . 32

B. — C'est le mandant qui tombe en faillite.

25. Raisons qui devaient dans ce cas faire admettre la résiliation immédiate. — Application de l'article 2003 du Code civil 33
26. Application de ces principes en cas d'endossement en blanc d'une lettre de change. 34
27. Les tiers de bonne foi sont protégés contre les effets de la résiliation par l'article 2009 du Code civil 34
28. Application à la liquidation judiciaire 35
29. Système de M. Pic 35

II. — Commission.

30. Application des mêmes principes que pour le mandat. 36
31. Quelle solution adopter pour le contrat liant le préposant au préposé. 37

§ III. — *Ouverture de crédit. — Compte courant.*

I. — Ouverture de crédit.

32. Le contrat est résilié de plein droit 39
33. Objections que peut soulever cette solution. 40
34. Solution du nouveau Code civil allemand 42

II. — Compte courant.

35. Le contrat est résilié de plein droit. 42
36. Solutions des Codes italien, portugais, chilien, argentin 43

Appendice. — *Prêt à intérêt.— Rente constituée. — Rente viagère.*

37. Contrats qui sont résiliés de plein droit, mais pour d'autres causes. 44
38. Conséquences de la rupture de ces contrats. — Intérêt qu'il y a à s'attacher ici encore à une idée de résiliation 46
39. Plan adopté. 47

I. — Obligations remboursables avec prime.

40. Position de la question 47
41. Mécanisme de l'opération 49
42. On ne peut permettre aux obligataires de produire pour le montant intégral de la prime 49
43. Ni à l'inverse de ne produire que pour le capital effectivement versé. 50
44. On doit déterminer la *valeur du contrat* au jour de la rupture. 51
45. Méthode pour arriver à la détermination de cette valeur. 51
46. Cas où l'on connaît le taux auquel la Compagnie émettrice a emprunté 51
47. Cas où ce taux est inconnu 52
48. Autres systèmes qui ont été proposés. — Indications relatives aux obligations à lot et aux obligations à la fois à prime et à lot. . 56
49. Système d'un projet de loi adopté par le Sénat. — Système de la loi belge 59

II. — Rente constituée.

50. Application de l'article 1913 du Code civil 60

III. — Rente viagère.

51. Nécessité d'adopter un système spécial 60
52. Ce système doit être une application du principe posé par l'article 1978 du Code civil 61
53. Le crédi-rentier pourra-t-il toucher immédiatement le montant du dividende lui revenant d'après ce système 62

IV. — Remarques sur certains contrats et renvois a des chapitres suivants.

54. Remarque relative à l'assurance sur la vie. 62

55. Remarque relative à tous les contrats contenant une clause de résiliation de plein droit 63

TROISIÈME PARTIE

DES CONTRATS RÉSILIABLES.

CHAPITRE PREMIER. — Principes généraux.

§ I. — *Indications préliminaires.*

56. Objet de cette partie 65
57. Les questions de résolution rétroactive sont réservées pour les parties suivantes. 66
58. On n'étudiera dans cette partie que les contrats successifs et ceux qui, n'étant pas d'ailleurs translatifs de propriété, n'ont encore reçu aucune exécution 69
59. Position exacte de la question. Exemple 71
60. Il ne suffit pas pour trancher cette question de dire que la faillite ne résilie pas de plein droit les contrats antérieurs . . . 71

§ II. — *En principe la faillite ne résilie pas* ipso jure *les contrats antérieurs.*

61. Pour admettre une semblable résiliation il faudrait des textes formels. 73

§ III. — *La faillite est une cause de résiliation.*

62. La faillite fait présumer l'inexécution 75
62. Il n'y a pas lieu de s'arrêter à l'objection que le failli peut en définitive n'être pas insolvable 76
64. L'exécution en monnaie de faillite doit être assimilée à l'inexécution totale 77
65. Le co-contractant, à qui on n'offre qu'un paiement en dividende, peut toujours user du droit de rétention. 79
66. S'il n'est pas poursuivi, il peut prendre les devants et demander la résiliation 80

§ IV. — *La masse par son intervention peut empêcher la résiliation*

67. La masse peut prendre la place du failli : *entretenir le contrat.* 81
68. Cas où la masse exécute immédiatement. 81
69. La masse peut donner simplement des garanties d'exécution à l'échéance 82
70. Dans ce cas la masse s'oblige personnellement 83
71. Le co-contractant du créancier *dans* la masse devient créancier *de* la masse 84

72. Cas dans lesquels la masse doit l'exécution immédiate et cas dans lesquels il lui suffit de la garantir. 84
73. Comment il faut entendre le principe de la déchéance du terme posé par l'article 144 du Code de commerce 85
74. Cas où le co-contractant invoque lui-même le bénéfice du terme stipulé par lui 86
75. Conclusion de ce paragraphe 87

§ V. — *Combinaison des principes précédents.*

76. Conséquences évidentes des deux principes précédemment déduits. 87
77. Ces deux principes ne se contredisent pas 88
78. Utilité qu'il y avait à poser le principe « la faillite est une cause de résiliation ». 88
79. Conséquences de ce principe dans le cas où la masse peut conjurer la résiliation en donnant des garanties d'exécution à l'échéance 89
80. Conséquences du même principe dans le cas où la masse ne peut conjurer la résiliation qu'en exécutant immédiatement. . . . 91

§ VI. — *Analyse des différentes situations qui peuvent se présenter.*

81. Deux cas à distinguer dans deux sections successives. 93

Section I. — *Le co-contractant prend l'initiative des poursuites.*

82. Des différents partis que pourra prendre la masse 93
83. Ce parti c'est au syndic qu'il appartient de le prendre. Autorisation que le syndic doit obtenir pour entretenir le contrat . . 94
84. Cas où il lui faut l'assentiment des trois quarts des créanciers en nombre et en somme. 95
85. Examen des différents partis que peut prendre la masse 96

I. — Le syndic obtempère a la mise en demeure.

86. Cas où il exécute immédiatement 96
87. Cas où il prend l'engagement garanti par des sûretés insuffisantes d'exécuter à l'échéance 96
88. Dans ce cas le co-contractant devient créancier de la masse . . 96
89. Cas où il aura une action personnelle contre chaque créancier pris individuellement 97
90. Le co-contractant peut avoir vis-à-vis de la masse une créance privilégiée 97
91. La masse peut-elle au lieu d'entretenir elle-même le contrat le céder à un tiers 99
92. Légalité de la cession de contrat en général 99
93. Légalité de cette cession par la masse. — Conséquences de cette cession. 101
94. Deux remarques à faire relativement aux questions précédentes. 102
95. 1° Remarque relative au cas où la masse, malgré ses engagements, n'exécute pas. 102

96. 2° Remarque relative au cas où, avant l'échéance du terme, le failli obtient un concordat 102

II. — Le syndic n'obtempère pas a la mise en demeure.

97. Le co-contractant peut alors invoquer la faillite comme cause de résiliation 103
98. Toutefois il n'est pas obligé de le faire 103
99. D'où le co-contractant peut choisir entre deux partis. 105
100. 1° Le co-contractant produit à la faillite. 105
101. Aucune difficulté si le co-contractant exécute immédiatement. . 105
102. S'il n'a pas à fournir une exécution immédiate il pourra néanmoins produire immédiatement 105
103. Il pourra même en général toucher son dividende en même temps que les autres créanciers 106
104. Pour quelle somme le co-contractant pourra-t-il produire ?. . . 108
105. Difficultés dans le cas où l'obligation à la charge du failli était une obligation de faire ou une obligation de donner autre chose qu'une somme d'argent 108
106. 2° Le co-contractant demande la résiliation.
En principe il devra à cet effet introduire une instance judiciaire 110
107. La pratique cherche à éviter cette instance judiciaire. — Possibilité d'un *mutuel dissentiment*. 111
108. Ce mutuel dissentiment peut même être tacite 113

Section II. — *Le co-contractant ne prend aucune initiative.*

109. Dnns ce cas pas de résiliation, mais le co-contractant garde son droit de rétention. 114
110. La masse conserve toujours le droit d'exiger l'exécution, en exécutant elle-même. Elle n'est point déchue de ce droit pour ne l'avoir point exercé assez tôt 115
111. Principes spéciaux relatifs au cas prévu par l'article 1657 du Code civil : résiliation pour *défaut de retirement* 116
112. Ces principes sont applicables en cas de vente commerciale . . 118
113. Transition 119

§ VII. — *Des clauses dérogatoires aux principes précédents.*

114. La question de validité est une question à résoudre à propos de chaque clause spéciale. 120
115. Nullité de la clause : « en cas de faillite le contrat se continuera de plein droit avec la masse » 120
116. De la clause : « en cas de faillite le contrat sera résilié de plein droit ». 121
117. La solution n'est pas commandée par ce principe que la règle : « le pacte commissoire n'opère pas de plein droit : » n'est pas une règle d'ordre public. 121

118. La clause est valable, mais pour d'autres raisons. 122
119. Cas d'un contrat successif 124
120. Pratiquement il est indispensable que cette clause soit valable . 125
121. Exception pour le cas où par suite du contrat il y a déjà eu transfert de propriété. — Renvoi à la partie suivante. 127
122. Conclusion de ce paragraphe 127
123. Transition. — Indication de l'objet des chapitres suivants. . . . 128

CHAPITRE II. — Vente et promesse de vente.

SECTION I. — *Vente.*

124. On ne s'occupera dans ce chapitre que des ventes non translatives de propriété : ventes de marchandises non individualisées. 129

I. — C'EST L'ACHETEUR QUI TOMBE EN FAILLITE.

125. Deux hypothèses à distinguer. 129

A. — *Les obligations du vendeur sont échues.*

126. Le vendeur a le droit de rétention 130
127. Le contrat n'est pas résilié pour cela ; la résiliation doit être demandée en justice 130
128. Le syndic peut conjurer la résiliation en exécutant ou en donnant des garanties d'exécution 131
129. Au lieu de demander la résiliation le vendeur peut livrer et produire pour son prix. 131

B. — *Les obligations du vendeur ne sont pas encore échues.*

130. S'il laisse arriver l'échéance sans agir, il a le droit de rétention et les droits indiqués dans les quatre numéros précédents . . 132
131. Il peut demander immédiatement la résiliation. 132
132. Le syndic peut la conjurer en exécutant ou en donnant des garanties d'exécution 132
133. Si le syndic ne remplit pas les engagements pris, le co-contractant a vis-à-vis de la masse toutes les garanties de droit commun 133
134. Si le syndic refuse d'exécuter ou ne donne pas garanties suffisantes, le co-contractant peut demander la résiliation 133
135. Mais il n'est pas obligé de le faire. — Solution dans le cas de vente à livrer 133

II. — C'EST LE VENDEUR QUI TOMBE EN FAILLITE.

136. L'acheteur peut demander la résiliation ou produire.— Difficultés relatives à cette production 134
137. Vente de choses incorporelles. — Renvoi. 135
138. Clause de résiliation de plein droit ; validité de cette clause. . . 135
139. Jurisprudence sur la matière. — Clause des marchés de Paris. — Renvoi. 136

Section II. — *Promesse de vente. — Promesse d'achat.*

I. — Promesse unilatérale de vente.

140. Deux cas à distinguer 137
141. 1° C'est le stipulant qui est tombé en faillite 137
142. 2° C'est le promettant qui est tombé en faillite 139

II. — Promesse unilatérale d'achat.

143. Position de la question 140
144. 1° C'est le stipulant qui est tombé en faillite. 140
145. 2° C'est le promettant qui est tombé en faillite. 140

CHAPITRE III. — **Assurances.**

146. Les principes généraux précédemment déduits s'appliquent complètement 141
147. Il n'y a lieu de s'occuper que de l'assurance en cours de risque. 141
148. Différentes propositions relatives à cette hypothèse 142
149. Remarques sur ces propositions. 144
150. Clauses dérogatoires. — 1) Clause dispensant de demander la résiliation en justice. 145
151. 2) Clause obligeant l'assuré à notifier la cessation de ses paiements. 145
152. Questions que fait naître cette clause. 146
153. *Assurances sur la vie.* — Difficultés particulières qui surgissent dans ce cas 147
154. En cas de faillite de l'assuré le syndic ne peut continuer l'assurance 147
155 et 156. Mécanisme du *rachat* et de la *réduction*. 149
157. Le syndic ne peut exiger le rachat. 151
158. Si le failli ne continue pas l'assurance, il y a lieu à la réduction. 154
159. Faillite de l'assureur 154
160. Somme pour laquelle pourra dans ce cas produire l'assuré . . . 155
161. Solutions de quelques législations étrangères. 157

CHAPITRE IV. — **Du contrat de louage.**

162. Plan de ce chapitre. 158

Section I. — *Bail d'immeubles.*

A. — *Faillite du bailleur.*

163. Solution tirée de l'article 1743 du Code civil 158

B. — *Faillite du locataire.*

164. C'est un cas dont le législateur s'est spécialement occupé 159
165. Solutions qui auraient dû être données abstraction faite des textes spéciaux 159

166. Difficultés provenant de l'existence d'un privilège. 160
167. Prétentions exorbitantes des bailleurs admises par la jurisprudence antérieure à 1872. 162
168. Critique de cette jurisprudence. 163
169. Particularité relative aux garanties à fournir. 165
170. Inconvénients pratiques de cette jurisprudence. — Autres systèmes qui avaient été proposés 166
171. Etude du système institué par la loi du 12 février 1872. 167
172. Du délai pendant lequel le bailleur ne peut user d'aucune voie d'exécution 170
173. De la *notification* instituée par la loi nouvelle 171
174. Clauses dérogatoires. 173
175. Clause : « le bail sera résilié de plein droit ». — Validité de cette clause 175
176. Inconvénients de cette solution. — Réfutation du système opposé 176
177. Effets de la clause interdisant la sous-location ou la cession du bail 176
178. Droit au bail faisant partie de la vente d'un fonds de commerce. Renvoi. 177
179. Immeubles auxquels ne s'appliquent pas la loi du 12 février 1872. 177
180. Solutions de quelques législations étrangères. 178

SECTION II. — *Louage de choses.*

181. 1° C'est le locataire qui tombe en faillite. 180
182. 2° C'est le locateur qui tombe en faillite. 180
183. Louage de choses incorporelles 181
184. Comment ces choses peuvent faire l'objet d'un louage 181
185. Solutions à adopter dans ce cas. 183

SECTION III. — *Louage d'ouvrage et louage de services.*

186. 1° *Louage d'ouvrage.* — Application des mêmes principes. . . 183
187. 2° *Louage de services.* — Particularité dans le cas de louage à durée indéterminée 184
188. Rappel d'un cas où la faillite n'amène aucune résiliation. . . . 185

QUATRIÈME PARTIE

RÉSOLUTION RÉTROACTIVE.

DES CAS OU ELLE EST POSSIBLE ET DES CAS OU ELLE EST PROHIBÉE.

189. Objet de cette quatrième partie 187
190. Plan 190

CHAPITRE PREMIER. — **Aliénation de meubles corporels.**

191. Plan de ce premier chapitre. 191

SECTION I. — *Vente faite au failli.*

192. Il faut distinguer trois hypothèses 191

I. — *Le vendeur n'a pas encore livré ; il a gardé par devers lui les marchandises vendues.*

193. Dans ce cas le co-contractant a le droit de faire résoudre la vente. 192
194. Objection qui pourrait être faite. 193
195. Adoption dans le cas actuel des différentes solutions données dans la troisième partie pour les ventes faites au failli 194

II. — *Le vendeur a effectué la livraison des marchandises vendues et en a opéré tradition dans les magasins de l'acheteur.*

196. Il faut supposer que les objets livrés ont conservé leur individualité et n'ont pas été revendus. 195
197. Superposition dans notre droit d'un privilège et du droit de résolution. 195
198. Dans les numéros suivants on recherchera comment le droit civil en est arrivé à établir ces garanties et comment le droit des faillites en est arrivé au contraire à les supprimer 196
199. De la convention de précaire en droit romain. 196
200. De la convention de précaire en droit coutumier. 197
201. De la *lex commissoria* 199
202. Des modifications apportées par le droit coutumier au pacte commissoire. 200
203. La loi des faillites devait-elle maintenir au vendeur les garanties du droit commun ?. 201
204. Objections que soulève en matière de faillite le droit de résolution 201
205. Système adopté par la grande ordonnance de 1673 203
206. Hésitations du législateur de 1807 203
207. Système du Code de 1807 204
208. Système adopté par le législateur de 1838 205
209. Dans ce système le droit de résolution est retiré au vendeur qui a fait tradition.. 207
210. Comment cette solution se déduit du texte de la loi. 208
211. Il n'y a que la résolution fondée sur la *lex commissoria* qui soit supprimée 209
212. Remarque sur l'étendue d'application du principe posé 210
213. Ne va-t-il pas profiter au bailleur des immeubles occupés par le failli. 211

III. — *Les marchandises ne sont pas entrées dans les magasins de l'acheteur.*

214. Position de la question 212
215. Cas où l'acheteur aurait revendu les marchandises en cours de route 212

216. Il eût peut-être mieux valu s'attacher au fait de la possession qu'à celui de la tradition ou de la non-tradition dans les magasins de l'acheteur 215
217. Raisons qui ont déterminé le législateur 216
218. Interprétation de l'article 576 du Code de commerce 218
219. Conditions d'exercice de la revendication 220
220. A quelle époque elle peut être exercée 220
221. Comment elle s'exerce 222
222. Du remboursement des acomptes, des frais de transport, assurances, etc 222
223. Ce qu'il faut entendre par « magasins de l'acheteur » 223
224. Il faut que les marchandises vendues aient conservé leur identité 224
225. Transition 224

SECTION II. — *Vente faite par le failli.*

226. Si les marchandises sont individualisées dans les magasins du failli, le vendeur peut les revendiquer 224

SECTION III. — *De l'échange.*

227. Application dans ce cas de principes précédemment posés 226

SECTION IV. — *Contrat do ut facias.*

228. Pas de difficulté si la masse prend le contrat à sa charge, ou encore si la chose n'existe plus dans le patrimoine du failli. 226
229. Dans ces contrats la résolution est prohibée 227
230. Applications pratiques 228
231. Hypothèses qu'il ne faut pas confondre avec les précédentes . . 229
232. Conclusion de ce chapitre 229

CHAPITRE II. — **Aliénation de meubles incorporels.**

233. Controverses qui existaient sous l'empire du Code de 1807 . . . 231
234. Le législateur de 1838 a supprimé la résolution dans les aliénations de meubles incorporels 231
235. Cette solution ne doit pas être restreinte aux ventes de fonds de commerce 233
236. C'est à la tradition, telle qu'elle est définie par l'article 1607, qu'il convient de s'attacher 233
237. Cas où le transfert de propriété est subordonné vis-à-vis des tiers à l'accomplissement de certaines formalités. — Vente de brevets d'invention 234
238. Inconvénients des solutions à donner dans ce cas 234
239. Adoption des mêmes principes en matière de cessions de créances. 236
240. Remarque relative aux ventes de fonds de commerce 236
241. Manière d'échapper aux prohibitions légales au moyen du nantissement du fonds de commerce 236

242. De la réalisation par la masse, en cas d'union, de la chose incorporelle 237
243. Difficulté particulière dans le cas où le fonds de commerce comprend le droit au bail. 238
244. De la clause par laquelle le vendeur du fonds de commerce s'engage à ne plus exercer lui-même le commerce en question. . 240

CHAPITRE III. — **Aliénation d'immeubles.**

245. Le vendeur conserve son privilège et son droit de résolution si la vente a été transcrite avant le jugement déclaratif. 242
246. Si la vente n'a pas été transcrite le vendeur perd son privilège. *Quid* du droit de résolution 242
247. Doctrines d'après lesquelles le défaut de transcription n'enlèverait pas au vendeur son privilège. Réfutation. 243
248. La survivance du droit de résolution au privilège est une solution irrationnelle. 245
249. Pourtant avant la loi du 23 mars 1855 cette solution était consacrée par la jurisprudence. 245
250. En vertu de cette loi, d'après la doctrine qui prévaut, c'est l'inscription de l'hypothèque de la masse qui enlève au vendeur son droit de résolution. 245
251. Théorie d'après laquelle la simple déclaration de faillite suffit pour enlever au vendeur son droit de résolution 247
252. Conclusion de ce chapitre. 248

CHAPITRE IV. — **Clauses dérogatoires aux principes précédents.**

253. Transition 249
254. Aucune question ne peut se poser en matière d'aliénations d'immeubles 249
255. Nullité certaine de la clause par laquelle le vendeur d'objets mobiliers voudrait se réserver expressément le droit de revendication après tradition dans les magasins du failli. 249
256. Clauses sur la validité desquelles on peut discuter 250

§ I. — *Pactum reservati dominii.*

257. Position de la question 251
258. La clause dont s'agit n'est pas illicite *a priori* 251
259. Valable *inter partes* elle est seulement inopposable à la masse . 252

§ II. — *Vente à tempérament faite sous la forme d'un louage.*

260. Position de la question 254
261. Etat de la jurisprudence. 256

262. Les parties ont pu vouloir faire un véritable louage 257
263. Malgré tout l'opération doit être considérée comme une vente et l'on doit appliquer l'article 576 du Code de commerce 258
264. Inconvénients pratiques qu'aurait la solution contraire 259

§ III. — *Clauses relatives à ce qu'il faut entendre par magasins de l'acheteur.*

265. Position de la question 259
266. Etat de la jurisprudence 260
267. Les clauses dont s'agit doivent être considérées comme pleinement valables 261

APPENDICE. — *Paiement par restitution.*

268. On doit le considérer comme une dation en paiement et lui appliquer l'article 446 du Code de commerce 262

CHAPITRE V. — **Domaine d'application des règles précédentes.**

269. Position de la question. 264
270. Pour la résoudre il ne suffit pas de faire appel au principe de la rétroactivité des jugements déclaratifs. 265
271. Il faut s'attacher à l'idée que les plaideurs ne doivent pas souffrir des lenteurs de la justice. 266
272. La solution proposée est celle adoptée par la jurisprudence. . . 267
273. Inconvénients qu'elle présente dans la pratique. 267
274. Cas où le juge saisi avant la faillite d'une demande en résolution a accordé des délais 268

APPENDICE. — **Aliénations faites par le failli.**

275. Transition 270
276. Indication du plan. 271

§ I. — *Aliénation de meubles et effets mobiliers.*

277. Aucune question ne se pose si les objets vendus par le failli ont été déjà livrés par lui. 271
278. Si les objets n'ont pas été livrés et qu'ils soient individualisés dans les magasins du failli l'acheteur peut les revendiquer. 271
279. Objection tirée de l'article 1141 du Code civil. — Réfutation . . 272
280. Système de MM. Delamarre et Lepoitvin. 272

§ II. — *Aliénation d'immeubles.*

281. Position de la question ; distinctions à faire 273
282. A. *Cas d'une donation.* — Du jour du jugement déclaratif, la masse peut opposer le défaut de transcription. 274

283. B. *Cas d'une alién ation à titre onéreux.* — Les principes sur la transcription ne sont plus les mêmes 274
284. Opinion d'après laquelle les tiers ayant des *droits réels* sur l'immeuble ne seraient pas les seuls à pouvoir invoquer le défaut de transcription. Réfutation. 275
285. Solution généralement admise sur ce point. 276
286. Conséquences en ce qui concerne le problème actuel 277

§ III. — *Aliénation de navire. — Cession de brevet d'invention. — Cession de créance.*

287. Transition. 279
288. A. *Aliénation de navire.* — Le droit de revendication de l'acquéreur est subordonné à l'accomplissement avant la faillite de la mutation en douane 280
289. B. *Cession de brevet d'invention.* — Solution analogue ; formalité de publicité édictée par l'article 20 de la loi du 5 juillet 1844. 281
290. C. *Cession de créance.* — Les cessions antérieures au jugement déclaratif et pour lesquelles les formalités de publicité n'ont pas été remplies sont inopposables à la masse. . . 281

CINQUIÈME PARTIE

DES DOMMAGES-INTÉRÊTS DE RÉSILIATION OU DE RÉSOLUTION.

291. Position de la question 283
292. Indication du plan. 284

§ I. — *Système des auteurs.*

293. Le cocontractant a droit à des dommages-intérêts 284
294. Arguments invoqués en faveur de cette solution 286
295. La faillite ne peut d'ailleurs être considérée comme un cas fortuit ou de force majeure 287
296. Argumentation spéciale en cas de vente faite au failli : le vendeur considéré comme un créancier gagiste 288
297. Arguments d'équité 289
298. Transition. 290

§ II. — *Système de la jurisprudence.*

299. Raisons extra-juridiques qui ont décidé la jurisprudence 290
300. Arguments juridiques donnés par la jurisprudence 291
301. Cette argumentation ne peut s'appliquer qu'au cas où le failli était acheteur 292
302. Etat de la jurisprudence dans le cas de vente faite au failli . . . 294
303. Etat de la jurisprudence dans le cas de vente faite par le failli. . 295

304. Etat de la jurisprudence dans le cas d'un contrat autre qu'une vente. 296

§ III. — *Critique de l'argumentation de la jurisprudence.*

305. L'argumentation de la jurisprudence prête le flanc à beaucoup d'objections. 298
306. Dans tous les cas où il ne s'agit pas d'une vente faite au failli la jurisprudence ne donne que des raisons vagues. 298
307. Réfutation des divers arguments donnés dans le cas de vente faite au failli 299
308. Le seul argument ayant une réelle valeur est celui tiré des dispositions de l'article 576, C. com. relatives au remboursement des frais de transport, assurances, etc. 301
309. Système proposé par M. Appleton pour essayer de détruire cet argument. 302

§ IV. — *Adoption du système de la jurisprudence pour d'autres raisons.*

310. Rappel de certains principes. 305
311. Le préjudice provenant du paiement en dividende est un préjudice inhérent à l'état de faillite et qui ne peut donner lieu à des dommages-intérêts. 306
312. La possibilité de se soustraire à ce paiement en dividende et de subir un préjudice moindre, ne peut donner droit à des dommages-intérêts. 307
313. Développement de ces idées lorsqu'on envisage spécialement le cas d'une vente faite au failli 308
314. Le co-contractant conserve vis-à-vis du failli lui-même son droit à des dommages-intérêts 310
315. Il est impossible d'assimiler le vendeur qui ne s'est pas dessaisi à un créancier gagiste. 311
316. L'argumentation présentée conserve sa force quel que soit le contrat en question 312
317. Il n'y a même pas lieu de faire une place à part aux contrats successifs. — Système de M. Boistel. — Système de M. Bédarride 313
318. Droits particuliers et exceptionnels du bailleur d'immeubles . . 315
319. Des dommages-intérêts dans les contrats qui sont résiliés *ipso jure* par la faillite 317
320. Particularités relatives au louage de services 318

§ V. — *Champ d'application du système adopté.*

321. Position de la question 321
322. 1re *Hypothèse*. — La résiliation a été demandée et obtenue avant la déclaration de faillite 321

323. 2e *Hypothèse.* — La résiliation a été demandée avant la faillite, mais n'était pas encore prononcée au jour du jugement déclaratif 321
324. 3e *Hypothèse.* — Dès avant le jugement déclaratif il y avait déjà inexécution, mais la résolution n'avait pas encore été demandée. 322
325. Particularité dans le cas de résolution pour défaut de retirement à l'échéance. 323
326. Résumé 324
327. *Clauses dérogatoires.* — Les parties peuvent-elles stipuler des dommages-intérêts de résolution en cas de faillite de l'une d'elles. — Clause des marchés de Paris 324
328. Cette clause ne vaut qu'à l'encontre du failli ; elle est inopposable à la masse 326
329. Etat de la jurisprudence sur cette question. 326

§ VI. — *Valeur en législation du système adopté.*

330. Position de la question 327
331. Solutions de quelques législations étrangères. 328
332. Le système adopté répond aux desiderata des commerçants et doit être maintenu en législation 329

Conclusion. 331

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).

Imp. J. THEVENOT, Saint-Dizier (Hte-Marne)